Wilhelm Kroener

Der Garantievertrag

und seine Abgrenzung :: von der Bürgschaft ::

112

Der Garantievertrag

und seine Abgrenzung von der Bürgschaft.

Inaugural-Dissertation

der

juristischen Fakultät

der

Friedrich-Alexander-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Wilhelm Kroener

aus Dortmund

Referendar in Essen a. d. Ruhr.

Approbiert am 28. Juli 1910.

Essen-Ruhr

Buchdruckerei Friedrich Janssen

1911.

Referent: Univ.-Professor Dr. Siber.

Meinem lieben Vater und Bruder
in Dankbarkeit gewidmet.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41543502_0072

Inhaltsverzeichnis.

Seite

§ 1. Definition des Garantievertrags und der Bürgschaft . . 1

I. Abschnitt.

Die allgemeinen Grundsätze über Garantievertrag und Bürgschaft.

§ 2. Der Garantievertrag ist unentgeltlich; dagegen kann die Bürgschaft unentgeltlich und entgeltlich übernommen werden . . . . . 2—3

§ 3. Der Garantievertrag ist unwesentlich zweiseitig; die Bürgschaft einseitig oder gegenseitig . . . . . 3—6

§ 4. Verpflichtet sich der Garantieempfänger die garantierte Unternehmung auszuführen, so liegt kein Garantievertrag, sondern ein unbenannter, gegenseitiger Vertrag vor . . . . . 6—7

§ 5. Foersters Bezeichnung „relative Garantieverträge" ist abzulehnen. Der Garantievertrag ist unabhängig, selbständig, die Bürgschaft akzessorisch, und subsidiär verpflichtend. Rechtsverhältnisse bei Bürgschaft für zukünftige Verbindlichkeiten . . . . . 8—11

§ 6. Rechtsverhältnisse bei unmöglichen und unsittlichen Garantieverträgen . . . . . 11—14

II. Abschnitt.

Die einzelnen Bestimmungen für den Garantievertrag und die Bürgschaft.

A. Abschluß des Vertrages.

§ 7. Der Abschluß des Garantievertrages ist formlos, der der Bürgschaft formell . . . . . 14—15

§ 8. Abschluß des Garantievertrages durch Bilden eines Garantiefonds . . . . . 15—16

B. Rechte und Pflichten des Garanten und Bürgen.

§ 9. Haftung des Garanten und Bürgen bezüglich der Höhe 16—18

§ 10. Haftung des Garanten und Bürgen bezüglich des Grades 18—20

§ 11. Der Garant erwirbt aus dem Vertrage kein Recht . . 20—22

§ 12. Der Garant haftet nur dem Garantieempfänger, nicht dessen Gläubigern, während der Bürge dem Gläubiger des Hauptschuldners verhaftet ist 22

Seite

§ 13. Grundsätzlich braucht der Garant erst nach Beendigung der Unternehmung den eingetretenen Schaden zu ersetzen. Er kann auf jeden Fall erst Rechenschaftsablegung verlangen . . . . . 23—26

§ 14. Rechtsverhältnisse zwischen mehreren Garanten und mehreren Bürgen . . . . . 26—28

C. Rechte und Pflichten des Garantieempfängers und des Gläubigers.

§ 15. Den Schaden, der bei Ausführung der Unternehmung, infolge Vorsatzes oder Fahrlässigkeit des Garantieempfängers eintritt, braucht der Garant nicht zu ersetzen; dagegen liegt dem Gläubiger bei Eintreibung seiner Forderung keine Diligenzpflicht gegenüber dem Bürgen ob . . . . . 28—36

§ 16. Rechtsverhältnisse zwischen mehreren Garantieempfängern und mehreren Gläubigern . . . . . 36—37

§ 17. D. Beendigung des Garantievertrages und der Bürgschaft . . . . . 37—39

III. Abschnitt.

§ 18. Kein Garantievertrag ist die Garantiezusage des Verkäufers für die Güte seiner Ware. Stammlers Lehre vom „verbundenen Garantievertrage" läßt sich nicht halten . . . . . 39—42

§ 19. Kein selbständiger Garantievertrag, sondern unselbständige Garantiezusage liegt dem § 437 B.G.B. zu Grunde. Uebernimmt der Verkäufer einer Forderung nach § 438 B.G.B. die Haftung für die Solvenz des Schuldners, so liegt darin keine Bürgschaft . . . . . 42—45

§ 20. Der Anspruch auf das negative Vertragsinteresse beruht nicht auf einem stillschweigenden Garantievertrag . 45—47

§ 21. Kein Garantievertrag, sondern Bürgschaft ist die Schadlosbürgschaft . . . . . 47—48

§ 22. Kein Garantievertrag ist der Kreditauftrag . . . . . 48—50

§ 23. Weder Garantievertrag noch Bürgschaft liegt vor, wenn jemand nach § 118 Str.P.O. Sicherheit leistet . . 50—51

IV. Abschnitt.

§ 24. Einige praktische Fälle mit rechtlich zweifelhaftem Tatbestand . . . . . 51—57

Literaturverzeichnis.

1. **Staudinger,** Kommentar zum B.G.B. 2. Auflage, München, 1906.
2. **Planck,** Kommentar zum B.G.B. 3. Auflage, Berlin, 1907.
3. **Oertmann,** Kommentar zum B.G.B. 2. Auflage, Berlin, 1906.
4. **Endemann,** Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 6. Auflage, Berlin, 1899.
5. **Dernburg,** Das Bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens, 1. und 2. Auflage, Halle, 1901.
6. **Enneccerus-Lehmann,** Das Bürgerliche Recht, 2. Auflage, Marburg, 1901.
7. **Cosack,** Lehrbuch des Deutschen Bürgerlichen Rechts, 3. Aufl., 1900.
8. **Fischer-Henle,** B.G.B. 8. Auflage, München, 1909.
9. **Kuhlenbeck,** Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich, 2. Auflage, 1903.
10. **Crome,** System des Deutschen Bürgerlichen Rechts, 1902.
11. **Goldmann-Lilienthal,** das B.G.B. 2. Auflage, 1903.
12. **Rehbein,** Kommentar zum B.G.B. Band II, Berlin, 1899.
13. **Dernburg,** Pandekten, Band II, 6. Auflage, Berlin, 1900.
14. **Windscheid-Kipp,** Lehrbuch des Pandektenrechts, II. Band, 8. Auflage, 1900.
15. **Kuhlenbeck,** Von den Pandekten zum B.G.B. II. Teil, 1899.
16. **Staub,** Kommentar zum H.G.B. II. Band, 6. und 7. Auflage, 1900.
17. **Düringer-Hachenburg,** Das Handelsgesetzbuch 1901.
18. **Stammler,** Der Garantievertrag, im Archiv für die zivilistische Praxis, Band 69.
19. **Wienstein,** In wiefern gibt es nach geltendem Privatrecht einen besonders gearteten Garantievertrag? im Archiv für Bürgerliches Recht, Band 31.
20. **Hallbauer,** Die Bürgschaft und verwandte Rechtsgebilde im Bankverkehr, im Bankarchiv, Band 7.
21. **Pineus,** Lehre von den bürgschaftsähnlichen Verhältnissen, Dissertation, Rostock, 1907.
22. **Neumann,** Jahrbuch des Deutschen Rechts, 1906—1909.
23. **Korn,** Inhaltsangabe über die Abhandlung Wiensteins, im „Recht" 1907 S. 814, 815.
24. 49. Jahresbericht über die Wirksamkeit der Juristischen Gesellschaft zu Berlin, im Vereinsjahr 1907/08. Sitzung vom 11. Mai 1908.
25. Die Garantieverpflichtungen für die Berliner Gewerbeausstellung, Reichsgerichtsentscheidung in der Juristischen Wochenschrift 1899, S. 211—217.
26. **Seuffert,** Archiv für die Entscheidungen der obersten Gerichte, München-Leipzig, 1900, Band 55.

27. **Staudinger,** Blätter für Rechtsanwendung, Erlangen, Band 68 S. 365 fg., Band 70 S. 157 fg.
28. Deutsche Juristen-Zeitung, 1903, S. 19, S. 173, S. 422.
29. Das Recht, 1903, S. 286 fg., S. 335 fg., S. 356 fg.
30. **Gruchots** Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts Band 46 S. 57 fg., Band 49 S. 181 fg.
31. Entscheidungen des Reichsgerichts.
32. **Mugdan-Falkmann,** Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte.
33. Motive zum B G.B.
34. **Holtzendorff,** Encyklopaedie der Rechtswissenschaft, Kohler, 14/15. Lieferung, Band 1, Leipzig-Berlin, 1903.
35. Zeitschrift für Deutsches Bürgerliches Recht und Französisches Zivilrecht, Band 31.
36. **Würzburger,** Ueber die Haftung des Zedenten für Güte und Einbringlichkeit einer Forderung, in **Gruchots** Beiträgen Band 51.
37. **Rothenberg,** Kreditauftrag, im Archiv für die zivilistische Praxis, Band 77.
38. **Weidemann,** Kreditauftrag, in der Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, Band 53, Stuttgart, 1903.
39. **Rinck,** Der Kreditauftrag, Dissertation, Erlangen, 1905.
40. **Voigt,** Der Kreditauftrag, nach Gemeinem und Bürgerlichem Recht, Dissertation, Leipzig, 1908.
41. **Foerster,** Der Kreditauftrag, Leipzig, 1903.
42. **Brückmann,** Garantieversprechen in „Gesetz und Recht", VI. Jahrgang, 1905, S. 79—81.
43. **Unger,** Handeln auf fremde Gefahr, Jena, 1894.
44. **Brock,** Das negative Vertragsinteresse, Berlin, 1902.
45. **Koeppen,** Der obligatorische Vertrag unter Abwesenden, in Iherings Jahrbüchern, Band 11.
46. **Drechsler,** Schadensersatz bei nichtigen Verträgen, Dissertation, Würzburg, 1873
47. **Regelsberger,** Zivilrechtliche Erörterungen, 1. Heft, Weimar, 1867.
48. **Mommsen,** Haftung des Kontrahenten bei der Abschließung von Schuldverträgen, Braunschweig, 1879.
49. **Melliger,** culpa in contrahendo, Dissertation, Zürich, 1896.
50. **Reichel,** Die Schuldmitübernahme, München, 1909.
51. **Hasenbalg,** Bürgschaft des Gemeinen Rechts, Düsseldorf, 1870.
52. **Salinger,** Zur Frage der kumulativen Schuldübernahme, im Archiv für Bürgerliches Recht, Band 28, Berlin, 1906.
53. **Sydow-Busch,** Konkursordnung, 10. Auflage, Berlin, 1906.
54. **Bohnen,** Der Kreditauftrag nach B.G.B., Dissertation, Heidelberg, 1906.

§ 1.

Garantievertrag ist derjenige Vertrag, durch den sich jemand einem anderen gegenüber verpflichtet, ihm unentgeltlich schlechthin oder bis zu einem bestimmten Höchstbetrage für den Schaden einstehen zu wollen, den er durch eine von ihm zu beginnende oder schon begonnene Unternehmung erleidet.

Demgegenüber verpflichtet sich im Bürgschaftsvertrage der Bürge dem Gläubiger eines Dritten gegenüber, ihm für die Erfüllung der Verbindlichkeit des Dritten einzustehen.[1])

Während die Begriffsbestimmung der Bürgschaft leicht ist, da das Bürgerliche Gesetzbuch im § 765 diesen Vertrag selbst definiert, kann die des Garantievertrages nur der Lehre, die die Wissenschaft über ihn gebildet hat, entnommen werden, da das Bürgerliche Gesetzbuch ihn nicht definiert oder irgend welche Bestimmungen über ihn enthält. Als Grund für die Nichtaufnahme dieses Vertrages in das Bürgerliche Gesetzbuch führen die Motive an, die Garantieverträge könnten zu verschiedener Art sein, als daß besondere, für jeden Fall passende Bestimmungen über sie getroffen werden könnten. Dies sei auch gar nicht notwendig, da die wichtigste Art des Garantievertrages die Bürgschaft sei, die ja das Bürgerliche Gesetzbuch erschöpfend geregelt habe.[2])

Zweck dieser Arbeit soll nun sein, nachzuweisen, daß diese Ansicht, die Bürgschaft sei eine Art des Garantievertrages, irrig ist, daß vielmehr beide Verträge von einander völlig verschieden sind.

---

[1]) Vergl. § 765 B.G.B.

[2]) Vergl. Motive II S. 658; ebenso hält Kuhlenbeck (Pandekten § 49) die Bürgschaft für eine Art des Garantievertrages.

§ 2.

Damit sich prüfen läßt, ob die obige Definition richtig ist, und ob sie mit den in der Literatur bisher vorhandenen übereinstimmt, ist es erforderlich, auf die bis jetzt in der Literatur gegebenen einzugehen.[1])

Davon stimmen mit der meinigen dem Sinne nach die Definitionen von Stammler, Wienstein, Foerster und die des Reichsgerichts überein. Alle übrigen unterscheiden sich von ihr darin, daß sie nicht die Unentgeltlichkeit des Garantievertrages zum Ausdruck bringen. Es fragt sich also, ob Unentgeltlichkeit ein Wesensmerkmal des Garantievertrages ist. Meines Erachtens ist diese Frage zu bejahen Denn beim Garantievertrage übernimmt der Garant die Gefahr, die Unternehmung möchte sich nicht rentieren, lediglich aus Interesse für das Zustandekommen oder die Förderung der Unternehmung.[2]) Hiermit verträgt sich meines Erachtens nicht, daß der Garant für die Uebernahme der Gefahr eine Entschädigung erhält. Denn läßt er sich ein Entgelt versprechen, so zeigt er damit, daß er nicht lediglich aus Interesse für die Unternehmung die Gefahr auf sich nehmen will, sondern nur mit Rücksicht auf die Gegenleistung, die natürlich, je größer die Wahrscheinlichkeit des Fehlschlagens der Unternehmung ist, desto höher sein wird. Ein solcher Vertrag ist aber ein Versicherungsvertrag gegen Prämie. Denn es würde in ihm der eine Kontrahent sich dem anderen ver-

[1]) Diese Definitionen finden sich bei Stammler a. a. O. S. 1; Dernburg a. a. O. § 292; Planck a. a. O. Vorbem. III₂ zu § 765; Staudinger a. a. O. Vorbem. 6b zu § 765; Oertmann a. a. O. Anm. 2d. zu § 676; Dernburg Pandekten II S. 326; Enneccerus-Lehmann a. a. O. S. 764; Fischer Henle a. a. O. Vorbem. zu § 765; Cosack a. a. O. § 159 No. 3; Kuhlenbeck, Pandekten § 43; Crome a a. O. § 300; Goldmann-Lilienthal a. a. O. Anm. 2 zu § 765; Windscheid a. a. O. S. 763; Staub a. a. O. Anm 43 zu § 349; Düringer-Hachenburg a. a. O. Anm. 3 zu § 349; Wienstein a. a. O. S. 4; Hallbauer a. a. O. S. 338; Pincus a. a. O. S 88; Rinck a. a. O. S. 23; Foerster a. a O. S. 152; Brock a. a. O. S. 154; Melliger a. a. O. S. 87; Unger a. a. O. S. 4; Bohnen a. a. O. S. 58; Voigt a. a. O. S. 61, 62; Brückmann a. a. O. S. 81; Entsch. des R.-G. in der J. W. 1899 S. 211—217; Zeitschrift für Deutsches Bürgerliches Recht und Französisches Zivilrecht, Bd. 31, S. 151.

[2]) Ebenso Crome a. a. O. § 300.

pflichten, ihm gegen Zahlung einer bestimmten Summe den Vermögensnachteil, den er durch die Unternehmung erleiden würde, auszugleichen.

Demgegenüber ist der Bürgschaft die Unentgeltlichkeit nicht wesentlich. Sowohl unentgeltlich, wie gegen Entgelt kann der Bürge die Bürgschaft übernehmen.[1])

§ 3.

Der Garant übernimmt also das Risiko des Unternehmens allein, weil er an dessen Zustandekommen oder Förderung irgend ein Interesse hat. Dann aber wird er am ehesten jemanden für die Unternehmung gewinnen, wenn er allein durch den Vertrag Verpflichtungen übernimmt, während der Garantieempfänger in keiner Weise verpflichtet wird. Es ergibt sich also aus dem Wesen des Vertrages, daß der Garant für seine Verpflichtung eine Gegenleistung nicht beanspruchen will. Ist dies aber der Fall, so folgt daraus, daß der Garantievertrag nicht zu den gegenseitigen Verträgen gehört, weil eben der Leistung des einen Vertragsteils nicht eine gleichwertige Gegenleistung des anderen Vertragsteils gegenübersteht. Der Garantievertrag ist demnach entweder ein einseitiger, oder ein unvollkommen zweiseitiger Vertrag. Meines Erachtens ist er das letztere. Denn es gibt eine ganze Menge von Garantieverträgen, die nicht streng einseitig sind, sondern bei denen auch dem Garantieempfänger Verpflichtungen aus dem Vertrage obliegen, die allerdings im Vergleich zu der Verpflichtung des Garanten sehr geringfügig sind.

Wenn z. B. eine Ausstellung ins Leben gerufen werden soll, und der oder die Unternehmer Garanten suchen, dann werden sie von vorne herein gewisse geringfügige Verpflichtungen auf sich nehmen, um eher und leichter Garanten zu finden. Sie werden sich z. B. verpflichten, um eine größere Zugkraft auf das Publikum auszuüben, und somit

[1]) Fischer-Henle a. a. O. Vorbem. zu § 765; ebenso Staudinger a. a. O. Vorbem. 2c zu § 765; Crome a. a. O. § 295 Ziffer 5; Holtzendorff a. a. O. S. 698.

die Rentabilität der Ausstellung sicherer zu stellen, nur einen Eintrittspreis von bestimmter, geringer Höhe zu erheben, jeden Mittwoch, Sonnabend und Sonntag während der Dauer der Ausstellung Konzerte abhalten und in regelmäßigen Zwischenräumen Feuerwerke abbrennen zu lassen. In solchen Fällen sind natürlich auch der oder die Unternehmer gehalten, diesen Verpflichtungen nachzukommen. Der Vertrag ist also nicht mehr streng einseitig. Aber auch kein gegenseitiger Vertrag liegt vor. Denn die Verpflichtung der Unternehmer ist viel zu geringfügig, als daß man sie als Aequivalent der Verpflichtung der Garanten ansehen könnte.

Weiterhin bedingen eine ganze Art von Garantieverträgen auf Seiten der Garantieempfänger geringfügige Verpflichtungen. Es sind dies diejenigen, bei denen der Garantieempfänger durch die Unternehmung in ein Gläubigerverhältnis zu einem Dritten tritt. Z. B. A garantiert dem B, dafür einzustehen, daß, wenn er dem C ein Darlehn gibt, C es rechtzeitig zurückerstattet. In diesen Fällen ist der Garantieempfänger, wenn er den Garanten, da der Dritte seinen Verpflichtungen nicht nachkommt, zur Zahlung heranzieht, verpflichtet, ihm die in seiner (des Garantieempfängers) Hand befindlichen Befriedigungsmittel abzutreten.[1]) Diese Verpflichtung muß dem Garantieempfänger nach den Grundsätzen über Treu und Glauben auferlegt werden. Denn wenn der Garant den Garantieempfänger befriedigt, hat dieser erhalten, was er aus dem Vertrage mit dem Dritten zu beanspruchen hatte. Die in seiner Hand befindlichen Befriedigungsmittel haben also für ihn keinen Wert mehr. Dagegen ist der Garant in seinem Vermögen beschädigt worden, da er auf Grund des Garantievertrages zur Zahlung herangezogen worden ist. Wenn nun der Garantieempfänger nicht verpflichtet ist, seine Rechte, die ihm auf Grund des Vertrages mit dem Dritten gegen diesen zustehen, an den Garanten abzutreten, dann kann dieser von dem Dritten nie Ersatz für seine Vermögensbeschädigung erlangen. Denn er selbst steht ja zu dem

[1]) S. Foerster a. a. O. S. 157.

Dritten in keinem Rechtsverhältnisse. Tritt aber der Garantieempfänger seine aus dem Vertrage mit dem Dritten erworbenen Rechte an den Garanten ab, dann ist der in der Lage, den Dritten zur Erfüllung seiner Verpflichtungen heranzuziehen, und so wenigstens Aussicht vorhanden, daß der Verlust des Garanten wieder ausgeglichen wird. Deshalb entspricht es meines Erachtens Treu und Glauben, wenn der Garantieempfänger zur Abtretung dieser Rechte verpflichtet ist, zumal sie für ihn jetzt, nachdem der Garant allen Schaden gedeckt hat, gar keinen, für diesen aber sehr hohen Wert haben.

Stammler, der den Garantievertrag als einen einseitigen Vertrag bezeichnet,[1]) meint, in den Fällen, in denen auch dem Garantieempfänger irgend eine geringfügige Verpflichtung obliegt, lägen bedingte = oder Garantieverträge unter Auflagen vor.[2])

Dieser Ansicht kann ich mich nicht anschließen. Denn einmal würde dann eine ganze Art von Garantieverträgen nicht reine Garantieverträge sein. Ferner aber versteht man unter einer Auflage „die Setzung eines bestimmten Nebenzwecks, zu dessen Erfüllung die Annahme der Zuwendung, an die er geknüpft ist, zwingt.“[3]) Die Verpflichtungen des Garantieempfängers, die ich soeben in diesem Paragraphen besprochen habe, sind ihm aber nicht auferlegt, um einen Nebenzweck des Garantievertrages zu erlangen, sondern in dem einen Fall ist der Garantieempfänger verpflichtet, Konzerte abzuhalten, Feuerwerke abzubrennen etc. lediglich, um dem Haupt- und einzigen Zwecke des Garantievertrages zu dienen, nämlich das Unternehmen zu fördern, dadurch daß so eine größere Zugkraft auf das Publikum ausgeübt wird. In dem anderen Falle ist die Verpflichtung des Garantieempfängers, nach Befriedigung durch den Garanten ihm die Rechte gegen den Dritten abtreten zu müssen, lediglich begründet in den Vorschriften über Treu und Glauben, nicht

[1]) Stammler a. a. O. S. 47.
[2]) Stammler a. a. O. S. 48.
[3]) Fischer-Henle a. a. O. Anm. 1 zu § 525.

nimmt sie ihre Berechtigung aus irgend einem Nebenzweck, der mit dem Garantievertrage in solchen Fällen verfolgt würde.

Auch von bedingten Garantieverträgen kann hier nicht die Rede sein. In beiden Fällen werden die Verträge unbedingt geschlossen. Im ersteren Falle wird lediglich als Mittel zum Zweck, nämlich zur möglichsten Förderung der garantierten Unternehmung dem Garantieempfänger eine Verpflichtung auferlegt, im zweiten Falle liegt ihm die Pflicht zur Abtretung seiner Rechte gegen den Dritten ohne besondere Vereinbarung auf Grund von Treu und Glauben ob. Hält in beiden Fällen der Garantieempfänger diese seine Verpflichtungen nicht, so würde sie der Garant erzwingen können, und zwar würde seine Klage eine sogenannte actio contraria sein.

Im Gegensatz nun zum Garantievertrag, der also ein unwesentlich zweiseitiger Vertrag ist, ist die Bürgschaft entweder und zwar meistens, einseitig, insofern durch sie nur der Bürge verpflichtet wird. Oder aber sie ist Bestandteil eines gegenseitigen Vertrages, indem dem Bürgen für die Uebernahme der Bürgschaft eine Gegenleistung gewährt wird. [1])

§ 4.

Durch den Garantievertrag wird der Garantieempfänger nicht verpflichtet, die garantierte Unternehmung auszuführen. [2]) Denn sonst würde der Verpflichtung des Garanten eine gleichwertige des Garantieempfängers gegenüberstehen, was der Natur des Garantievertrages und dem Willen des Garanten beim Abschluß des Vertrages, wie ich oben ausgeführt habe, widersprechen würde. Nun steht natürlich nichts im Wege, daß die Parteien vertraglich eine derartige Verpflichtung des Garantieempfängers ausmachen Dann

[1]) Planck a. a. O. Vorbem. II1 zu § 765; R. G. 66 S. 426; Staudinger a. a. O. Vorbem. IIc zu § 765; Crome a. a. O. § 295 Ziffer 5; Fischer-Henle a. a. O. Vorbem. zu § 765.

[2]) Stammler a. a. O. S. 47, 51 Anm. 114; Dernburg a. a. O. § 292; Crome a. a. O. § 300; Oertmann Anm. 2d zu § 676 B.G.B.; Enneccerus-Lehmann a. a. O. S. 765.

aber kann aus dem oben angegebenen Grunde naturgemäß kein Garantievertrag mehr vorliegen. Stammler nennt einen solchen Vertrag einen Garantieauftrag, und will auf ihn die Vorschriften über den Auftrag anwenden.[1]) Diese Ansicht ist aber meines Erachtens irrig. Denn einmal haben wir hier nicht einen unvollkommen zweiseitigen Vertrag vor uns, wie beim Auftrage, sondern einen gegenseitigen Vertrag. Weiterhin hat dieser Vertrag die Aehnlichkeit mit dem Garantievertrag, daß auch bei jenem die Gefahr einer Unternehmung von dem Unternehmer auf einen Dritten abgewälzt wird. Deshalb müssen auch auf ihn, soweit der Grad der Haftung dessen, der das Risiko übernimmt, in Frage kommt, dieselben Grundsätze wie beim Garantievertrage in Anwendung gebracht werden. Diese stimmen aber nicht mit denen über den Grad der Haftung des Auftraggebers überein. Auch der § 667 B.G.B könnte für einen derartigen Vertrag nicht herangezogen werden.

Es fragt sich nun weiter, ob dieser Vertrag einer der gegenseitigen Verträge ist, die im Bürgerlichen Gesetzbuche behandelt sind, z. B. ob er ein Dienst- oder ein Werkvertrag ist. Meines Erachtens ist diese Frage zu verneinen. Wegen seiner Aehnlichkeit mit dem Garantievertrage, auf die ich oben schon hingewiesen habe, müssen auch dessen Vorschriften über die Rechenschaftsablegungspflicht des Unternehmers und die über Grad und Höhe der Haftung des Garantieleistenden auf ihn angewandt werden. Die Unternehmung wird entweder eine Leistung gewisser Dienste oder Herbeiführung eines Erfolges durch den Unternehmer sein. Da er hier zur Ausführung derselben infolge des Vertrages verpflichtet ist, kommen in dieser Hinsicht entweder die Vorschriften über den Dienst- oder Werkvertrag in Betracht, aber immer nur verbunden mit denen des Garantievertrages. Demnach kann man einen solchen Vertrag nur als unbenannten Vertrag bezeichnen.[2])

[1]) Stammler a. a. O. S. 121.
[2]) Ebenso Enneccerus-Lehmann a. a. O. S. 765.

§ 5.

Die Unternehmung nun, deren Risiko der Garant übernimmt, kann entweder eine einzelne Handlung, z. B. Kauf irgend einer Sache, oder ein Inbegriff von Handlungen, z. B. Bau einer Bahn, Veranstaltung einer Ausstellung oder dergl. sein. Je nachdem sie das erstere oder letztere ist, hat Foerster die Garantieverträge in zwei Gruppen eingeteilt.[1]) An und für sich wird gegen diese Trennung nichts einzuwenden sein. Es ist aber immer zu beachten, wie auch Foerster selbst hervorhebt,[2]) daß eine derartige Einteilung nur im Interesse der Uebersicht geschieht, daß aber die rechtlichen Grundsätze für beide Gruppen dieselben sind. Die erstere Gruppe bezeichnet Foerster als „relative Garantieverträge", die letztere als „Garantieverträge im engeren Sinne".[3]) Den Namen „relative Garantieverträge" halte ich für schlecht gewählt. Denn man bezeichnet einen Begriff mit relativ doch nur dann, wenn er nur in gewisser Beziehung den betreffenden Begriffsnamen verdient. Hier aber sind beide Gruppen in keiner Weise rechtlich von einander verschieden, verdienen also beide in gleicher Weise den Namen Garantievertrag. Deshalb halte ich es überhaupt für nicht erforderlich, jeder Gruppe einen besonderen Namen beizulegen.

Foerster teilt dann noch seine erste Gruppe von Garantieverträgen in 2 Unterabteilungen, je nachdem der Garant den Vertrag mit dem Gläubiger eines Schuldverhältnisses dahin, daß er ihm den Schaden ersetzen will, der ihm entsteht dadurch, daß der Schuldner seinen Verpflichtungen nicht nachkommt, oder mit einem Schuldner, dahin, daß er, wenn jener nicht zahlen kann, den Gläubiger befriedigen werde, abschließt. Diese erste Unterabteilung nennt er Forderungs-, die zweite Schuldgarantieverträge. Für beide stellt er folgende Grundsätze auf: 1. Der Garantievertragsschuldner kann bei der Zahlung Abtretung der in der Hand des Garantievertrags-

[1]) Foerster a. a. O. S. 152.
[2]) Foerster a. a. O. S. 154.
[3]) Foerster a. a. O. S. 155, 156.

gläubigers befindlichen Befriedigungsmittel verlangen. 2. Dem Garantievertragsschuldner stehen nie Einreden aus der Person des Gegners des Garantievertragsgläubigers zu. 3. Die relativen Garantieverträge sind subsidiär. [1])

Die von Foerster angegebenen beiden Unterabteilungen sind auch meines Erachtens vorhanden. Die Unternehmung des Garantieempfängers, deren Risiko der Garant auf sich nimmt, bringt jenen entweder in ein Gläubigerverhältnis zu einem Dritten, z. B. wenn sie in der Hingabe eines Darlehns besteht, oder macht ihn zum Schuldner eines Dritten, z. B. wenn sie den Abschluß eines Kaufvertrages darstellt.

Von den drei Grundsätzen nun, die Foerster für beide Unterabteilungen aufstellt, halte ich ohne weiteres Satz 1 für richtig. Er ergibt sich aus der Anwendung von Treu und Glauben, wie ich das schon oben [2]) ausgeführt habe.

Ebenfalls stimme ich Satz 2 zu. Denn wollte man dem Garanten das Recht zugestehen, Einreden, die in der Person des Dritten gegen den Garantieempfänger begründet wären, gegen diesen geltend zu machen, würde in allen den Fällen, in denen dem Dritten eine Einrede gegen den Garantieempfänger gegeben wäre, der Zweck des Garantievertrages, nämlich die Gefahr der Unternehmung, von dem Unternehmer auf den Garanten abzuwälzen, nicht erreicht werden. Dann würde ja stets der Garant die betreffende Einrede erheben können, und so vom Ersatz des Schadens in der Höhe, in der die Einrede bestände, befreit sein. Trotz des Garantievertrages würde also einen Teil des Verlustes unter allen Umständen der Garantieempfänger zu tragen haben.

Satz 3 dagegen halte ich für unrichtig. Die Verpflichtung des Garanten wäre sonst völlig von dem Schuldverhältnisse des Garantieempfängers mit dem Dritten abhängig. Wenn Satz 3 richtig wäre, würde, falls der Dritte bei Fälligkeit seiner Schuld seine Vertragspflichten nicht erfüllt, der Garant mit Recht ebenfalls seine Zahlung solange verweigern können,

[1]) Foerster a. a. O. S. 157.
[2]) Vergl. S. 4 und 5.

bis etwa ein Prozeß zwischen dem Garantieempfänger und dem Dritten zu Gunsten des ersteren entschieden wäre, und dieser dann zunächst versucht hätte, bei dem Dritten durch Zwangsvollstreckung Befriedigung zu erlangen.

Diese Folge widerspricht aber meines Erachtens dem, was beide Parteien bei Abschluß des Garantievertrages gewollt haben. Die Gefahr des Unternehmens sollte auf den Garanten abgewältzt werden. Meiner Ansicht nach liegt aber schon eine Gefahr darin, wenn der Unternehmer nicht gewiß sein kann, am Fälligkeitstage seine Forderung bezahlt zu erhalten, sondern sich erst in einen Prozeß einlassen muß, dessen Dauer und Ausgang er nicht vorhersehen kann. Er selbst hat ja auch vorher befürchtet, daß die Unternehmung sich nicht glatt abwickeln würde; deshalb hätte er sie nicht begonnen oder weitergeführt, wenn er nicht der Ansicht gewesen wäre, durch Abschluß des Garantievertrages würde er in die Lage gesetzt, sofort, wenn der Dritte seinen Verpflichtungen nicht nachkäme, sich an den Garanten halten zu können. Deshalb erfordert meines Erachtens Treu und Glauben, daß der Garantieempfänger sofort, wenn der Dritte seine Vertragspflichten nicht erfüllt, den Garanten in Anspruch nehmen können muß. [1])

Hieraus ergibt sich, daß der Garant aus dem Vertrage primär verpflichtet wird, daß also der Garantievertrag ein selbständiger Vertrag ist, unabhängig von dem Schuldverhältnisse des Garantieempfängers zu dem Dritten. Deshalb ist es auch möglich einen Garantievertrag abzuschließen, ohne daß die Unternehmung selbst, deren Risiko durch ihn übernommen wird, schon ausgeführt oder begonnen ist. [2])

Zwar ist es ebenfalls möglich, für zukünftige Verbindlichkeiten eines anderen Bürgschaft zu übernehmen, [3]) aber

[1]) Vergl Voigt a. a. O. S. 62.

[2]) Stammler a. a. O. S. 37; Enneccerus-Lehmann a. a. O. S. 764; Oertmann a. a. O. Anm. 2d zu § 676; Dernburg a. a. O. § 292; Crome a. a. O. § 300; Düringer-Hachenburg a a. O. Anm. 3 zu § 349; Staub a. a. O. Anm. 43 zu § 349; Cosack a. a. O. § 159 No. 3; Goldmann-Lilienthal a. a. O. Anm. 2 zu § 765; Wienstein a. a. O. S. 4.

[3]) Vergl. § 765 Abs. 2 B. G. B.

trotzdem ist die Bürgschaft als solche, wie sich aus den Paragraphen 767, 768, 770 B. G. B ergibt, akzessorisch, d. h. an das Bestehen einer Hauptverbindlichkeit geknüpft. Es liegt auch keine Durchbrechung dieses Prinzips in der Möglichkeit der Bürgschaft für zukünftige Schulden. Denn in solchem Falle erlangt der Gläubiger nicht etwa schon bei Abschluß des Bürgschaftsvertrages eine Forderung gegen den Bürgen, die etwa bedingt wäre durch das Entstehen der Hauptverbindlichkeit, sondern die Forderung an den Bürgen wird erst begründet, wenn jene zur Existenz gelangt.[1]) Dies ergibt sich aus folgenden Erwägungen:

Eine Bürgschaft für zukünftige Schulden wird abgeschlossen, einmal um dem Schuldner Kredit zu verschaffen, andererseits um den Gläubiger für seine Forderung sicher zu stellen. Dieser soll also gegen den Bürgen, wie bei jeder Bürgschaft, lediglich einen Sicherungsanspruch haben. Der kann aber erst dann begründet sein, wenn für den Gläubiger eine Forderung entstanden ist, die der Sicherung bedarf. Also beginnt dieser Anspruch gegen den Bürgen erst, wenn der Gläubiger das Schuldverhältnis zu dem Hauptschuldner entstehen läßt.

Aus diesen letzten Ausführungen ergibt sich weiter ein anderes Unterscheidungsmerkmal der Bürgschaft von dem Garantievertrage: ihre Subsidiarität. Der Bürge will nicht wie der Garant primär, sondern subsidiär hinter dem Hauptschuldner verpflichtet sein. Deshalb hat ihm das Gesetz auch in der Regel die Einrede der Vorausklage gegeben, d. h. er kann die Befriedigung des Gläubigers verweigern, so lange dieser nicht eine Zwangsvollstreckung gegen den Hauptschuldner ohne Erfolg versucht hat.[2])

§ 6

Eine Einschränkung freilich muß der von mir soeben entwickelte Grundsatz, der Garantievertrag sei von dem Rechtsverhältnis des Garantieempfängers zu dem Dritten

[1]) Vergl. Eccius in Gruchots Beiträgen Bd. 46 S. 57 fg.
[2]) Vergl. § 771 B.G B.

unabhängig, erleiden. Dann nämlich ist dies auf jenen von Einfluß, wenn es unsittlich, unmöglich ist, oder gegen ein gesetzliches Verbot verstößt.

Denn, Spezialbestimmungen über den Garantievertrag fehlen, da er im Bürgerlichen Gesetzbuche nicht behandelt ist. Dessen allgemein gültige Grundsätze aber, die für alle Verträge aufgestellt sind, müssen auch auf ihn Anwendung finden, z. B. der des § 134: „Ein Rechtsgeschäft, das gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, ist nichtig, wenn sich nicht aus dem Gesetz ein Anderes ergibt", der des § 138: „Ein Rechtsgeschäft, das gegen die guten Sitten verstößt, ist nichtig", und der des § 306: „Ein auf eine unmögliche Leistung gerichteter Vertrag ist nichtig". Dann aber wird ein Garantievertrag gegen ein gesetzliches Verbot oder die guten Sitten verstoßen, und muß infolgedessen nichtig sein, wenn die Unternehmung, deren Risiko durch ihn übernommen wird, unsittlich oder gesetzwidrig ist. Denn durch ihn wird ja gerade ihr Zustandekommen oder ihre Förderung herbeigeführt.[1])

Eine ausführlichere Behandlung erfordert die Frage, wie die Rechtsverhältnisse sich gestalten, wenn bei der garantierten Unternehmung der Begriff Unmöglichkeit eine Rolle spielt. Diese Fälle müssen wir scharf in zwei Gruppen trennen, 1. in solche, bei denen die Unternehmung selbst zur Zeit des Abschlusses des Garantievertrages unmöglich war, und 2. in solche, in denen lediglich ihre Rentabilität von vorne herein ausgeschlossen war.

Ein Beispiel für die erste Gruppe wäre folgendes:

A verpflichtet sich dem B für den Schaden aufzukommen, den B bei einem Bahnbau von x nach y erleidet. Beide Parteien wissen aber bei Vertragsabschluß nicht, daß die Unternehmung ganz ausgeschlossen ist, weil das Gelände zwischen x und y teils sehr sumpfig, teils sehr bergig ist.

Durch den Garantievertrag hat A nur die Gefahr für die Rentabilität der Unternehmung des B auf sich genommen, nicht dagegen die der Möglickeit oder Unmöglichkeit des

[1]) Vergl. Stammler a. a. O. S. 122.

Bahnbaues selbst. Vielmehr ist die bei B verblieben. Die Möglichkeit des Bahnbaues war überhaupt Voraussetzung des Garantievertrages. Da diese nun entfallen ist, mußte auch der Vertrag gegenstandslos werden; er war ebenfalls unmöglich, also nichtig. (§ 306 B. G. B.)[1])

Dasselbe gilt, wenn die Unternehmung nicht, wie im angegebenen Beispiel, ein Inbegriff von Handlungen, sondern nur eine einzelne Handlung ist. Also wenn z. B. A dem B garantiert, er werde ihm den Ausfall ersetzen, falls er nicht für den Verkauf eines bestimmten Buches einen gewissen Mindestbetrag erziele, und dieser Verkauf (die Unternehmung) ist unmöglich, weil B das betreffende Buch schon vorher, ohne daß er es wußte, vernichtet hatte, wäre ebenfalls nach dem oben entwickelten Grundsatze dieser Garantievertrag unmöglich und daher nichtig.

Wir wenden uns jetzt der Betrachtung der zweiten Gruppe zu. Hierfür möge folgendes Beispiel dienen:

Der Bahnbau von x nach y ist an sich möglich. Eine Rentabilität ist jedoch von vorne herein deshalb ausgeschlossen, weil schon eine andere Bahn von x nach y besteht und aus irgend welchen Gründen schneller den Weg von x nach y zurücklegt, billiger arbeitet und infolgedessen billigere Fahrpreise nehmen kann als B.

Durch den Garantievertrag hat A die Gefahr der Einträglichkeit des Betriebes der Bahn auf sich genommen. Er hat also bei Vertragsabschluß in seine Berechnungen genommen, daß er werde in Anspruch genommen werden können. Dies mußte hier eintreten, weil eben eine Rentabilität von Anfang an ausgeschlossen war. Für den Garantievertrag ist dieser Umstand aber ohne Einfluß. Denn, da beide Parteien bei Abschluß des Vertrages von den tatsächlichen Verhältnissen nichts wußten, blieb der Moment des Unsicheren bestehen. Der Garant kann also im obigen Beispiel zum Ersatz des Schadens herangezogen werden.[2])

---

[1]) Vergl. Stammler a. a. O. S. 126.
[2]) Vergl. Stammler a. a. O. S. 124, 125.

Anders verhält es sich, wenn beiden Parteien die Unmöglichkeit des pekuniären Erfolges bei Abschluß des Garantievertrages bekannt war. Dann nimmt der Garant keine Gefahr mehr auf sich; er weiß ja schon bei Vertragsabschluß, er wird zur Zahlung herangezogen werden, da ja eine Rentabilität ausgeschlossen ist. In solchen Fällen liegt kein Garantievertrag vor, da das Wesensmerkmal der Gefahrübernahme durch den Garanten fehlt; es wird sich vielmehr um einen Scheinvertrag handeln, auf den die Vorschriften des § 117 B. G. B. angewandt werden müssen.[1])

Weiß nur der Garant von der objektiv unmöglichen Rentabilität der Unternehmung, fehlt ebenfalls das Wesensmerkmal der Gefahrübernahme, und wir haben deshalb wieder keinen Garantievertrag vor uns. Es ist vielmehr dann ein unbenannter Vertrag, der natürlich rechtlich bindend ist und den Garanten zum Ersatz des Schadens verpflichtet. Hätte nur der Garantieempfänger Kenntnis von der Unmöglichkeit der Rentabilität der Unternehmung, der Garant dagegen nicht, so läge ein doloses Handeln auf Seiten des ersteren vor, und der Garant wäre berechtigt, auf Grund des § 123 B. G. B. den Vertrag anzufechten.[2])

§ 7.

Das Bürgerliche Gesetzbuch stellt als Regel auf, daß Verträge ohne Beobachtung einer besonderen Förmlichkeit allein durch den übereinstimmenden Willen der Vertragschließenden zustande kommen. Nur da, wo ausdrücklich im Gesetz eine besondere Form für den Vertragsschluß vorgeschrieben ist, muß diese beobachtet werden, um Nichtigkeit des Vertrages zu vermeiden.[3]) Da nun über den Garantievertrag keine Vorschriften im Gesetz zu finden sind, muß er formlos zustande kommen können.[4])

[1]) Vergl. Stammler a. a. O. S. 125.
[2]) Vergl. Stammler a. a. O. S. 125.
[3]) Vergl. § 125 B.G.B.
[4]) Dernburg a. a. O. § 292, Planck a. a O. Vorbem III₂ zu § 765; Oertmann a. a. O. Anm. 2d zu § 676; Crome a. a. O. § 300; Cosack a. a. O. § 159 No. 3; Enneccerus-Lehmann a. a. O. S. 765; Entsch. des R.G. Bd. 61 S. 160; Foerster a. a. O. S. 157; Pincus a. a. O. S. 94.

Im Gegensatz hierzu ist der Abschluß der Bürgschaft an eine Form gebunden. Denn der § 766 B. G. B. bestimmt ausdrücklich das Erfordernis der Schriftlichkeit zur Gültigkeit der Bürgschaftserklärung. Der Satz 2 des § 766 B. G. B., nach dem der Mangel der Form geheilt wird, soweit der Bürge die Hauptverbindlichkeit erfüllt, und der § 350 H. G. B., der bestimmt, daß auf eine Bürgschaft, sofern sie auf der Seite des Bürgen ein Handelsgeschäft ist, die Formvorschrift des § 766 B. G. B. keine Anwendung findet, sind lediglich Ausnahmen, und ändern nichts daran, daß grundsätzlich unser heutiges Recht Schriftform beim Abschluß der Bürgschaft verlangt.

§ 8.

Tatsächlich wird freilich auch der Garantievertrag meistens formell abgeschlossen, und zwar dadurch, daß Zeichnungsscheine an verschiedene Personen versandt werden, auf denen die Empfänger eine offen gelassene Summe ausfüllen, den Schein unterschreiben und dann zurücksenden sollen. Wenn es sich nämlich darum handelt, irgend ein größeres Unternehmen ins Werk zu setzen, werden meistens die Verhältnisse so liegen, daß die Mittel weder eines einzigen Unternehmers, noch eines einzigen Garanten ausreichen würden, das Projekt ins Leben zu rufen. Deshalb werden sich in diesem Falle verschiedene Unternehmer zu einem Konsortium zusammentun, oder es wird vielleicht der Staat selbst als Unternehmer auftreten. Er, bezw. das Konsortium veröffentlicht nun in einem Prospekt die Grundzüge des geplanten Unternehmens, und fordert alle, die ein Interesse an dem Zustandekommen des Projektes haben, auf, Garantie in bestimmter Höhe zu leisten. Begrifflich — vorausgesetzt, daß in dem Prospekt nichts anderes stände, — wäre es jetzt denkbar, daß jeder, der Garantie leisten will, zu dem betreffenden Beamten des Staats oder des Konsortiums, der in dem Prospekt bezeichnet wäre, ginge, und sich bei ihm mündlich in Höhe einer bestimmten Summe verpflichtete.

So würden bindende Garantieverträge abgeschlossen werden können. Nur aus tatsächlichen Gründen, weil ein derartiger Vertragsabschluß zu beschwerlich wäre, werden in solchen Fällen an die, die auf jenen Prospekt hin sich melden, jene Zeichnungsscheine, von denen ich eben gesprochen habe, gesandt. Mit der Ausfüllung, Unterzeichnung und Rücksendung dieser Scheine kommt dann der Vertrag zustande. In dieser Weise wurden die Garantieverträge zum Zwecke der Berliner Gewerbeausstellung vom Jahre 1896 abgeschlossen. Hier lautete der Garantieschein:

Zeichnungsschein

zum Garantiefonds der Berliner Gewerbeausstellung 1896.

Zu dem vorgedachten Garantiefonds zeichne $\frac{\text{ich}}{\text{wir}}$ hiermit ..... Mark, in Worten ..... Mark, indem $\frac{\text{ich mich}}{\text{wir uns}}$ ausdrücklich und vorbehaltlos den nachstehenden Bedingungen unterwerfe .

(Es folgen die Bedingungen.)

Berlin, den 1894.

Unterschrift[1])

§ 9.

Hat sich der Garant bei Abschluß des Garantievertrages dem Garantieempfänger schlechthin zum Ersatz des Schadens verpflichtet, so haftet er für allen entstehenden Schaden. Gewöhnlich wird allerdings, und immer, wenn ein Garantiefonds gebildet ist, die Sache so liegen, daß der Garant nicht schlechthin, sondern nur bis zu einem bestimmten Höchstbetrage Garantie geleistet hat. Dann haftet er natürlich auch nur bis zu dieser Höhe.

Bei der Schadensberechnung ist meines Erachtens zu Grunde zu legen, daß der Garant nur für damnum emergens, d. h. nur für den direkt aus der Unternehmung dem Garantieempfänger entstandenen Schaden einzustehen hat. Für lucrum

[1]) Vergl. Entsch. des R.G. in der J. W. 1899 S. 212.

cessans dagegen haftet er meines Erachtens nicht ohne weiteres, d. h. nur wenn es ausdrücklich vereinbart ist. Es würde meiner Ansicht nach gegen Treu und Glauben verstoßen, ihm im Zweifel auch diese Haftung aufzuerlegen.

Es kann nun auch der Fall eintreten, daß der Garant, abgesehen davon, daß er Ersatz allen Schadens verspricht, sich noch zu besonderen Leistungen gegenüber dem Garantieempfänger verpflichtet. Der Ansicht Stammlers,[1]) daß bezüglich dieses Mehrversprechens kein Garantievertrag vorliegt, da es ja nicht mehr an ein Risiko geknüpft sei, möchte ich mich anschließen. Es hat nichts mehr mit dem eigentlichen Garantievertrage zu tun, da ja sein Inhalt von vorne herein bestimmt ist, und nicht abhängig ist davon, ob die garantierte Unternehmung mit Schaden endigt oder nicht. Es ist ein besonderer Vertrag für sich, dessen Gültigkeit nichts im Wege steht.

Bezüglich dieser in diesem Paragraphen besprochenen Punkte besteht eine gewisse Aehnlichkeit mit Verhältnissen, wie sie bei der Bürgschaft liegen können. Geradeso, wie der Garant entweder für eine von Anfang an bestimmte oder unbestimmte Summe aufzukommen verpflichtet ist, kann die Schuld des Bürgen entweder ganz bestimmt begrenzt oder unbestimmt sein. Nach § 767 B.G.B. ist für die Bürgschaftsschuld der jeweilige Bestand der Hauptverbindlicheit maßgebend. Zunächst, bei Eingehung der Bürgschaft, ist die Schuld des Bürgen bestimmt, nämlich von derselben Höhe wie die Hauptverbindlichkeit. Wenn aber der Hauptschuldner zur Zeit der Fälligkeit seine Schuld nicht bezahlt, und später der Gläubiger noch erst gerichtlich gegen ihn vorgehen muß, wird, da für diese Kosten der Rechtsverfolgung der Bürge ebenfalls nach positiver Gesetzesbestimmung[2]) haftet, die Bürgschaftsschuld höher. Diese üble Folge kann der Bürge auf zweierlei Weise von sich abwenden. Entweder, er befriedigt, sobald der Haupt-

[1]) Vergl. Stammler a. a. O. S. 129.
[2]) Vergl. § 767 Abs. 2 B.G.B.

schuldner in Verzug gerät, den Gläubiger. Dann gehen nach § 774 B.G.B. die Forderungen des Gläubigers gegen den Hauptschuldner auf ihn über. Oder er begrenzt von vorne herein bei Abschluß der Bürgschaft seine Haftung auf eine bestimmte Höchstsumme. Dies letztere ist angängig, da die Vorschriften des § 767 B.G.B. dispositiver Natur sind.[1])

Verpflichtet sich der Bürge zu einer höheren Summe, als wie die Hauptverbindlichkeit des Hauptschuldners beträgt, dann können auf dieses „Mehr" nicht die Bestimmungen der Bürgschaft angewendet werden, da eine Bürgschaft infolge ihrer Akzessorietät nur bis zum Höchstbetrage der Hauptverbindlichkeit eingegangen werden kann. Diese Mehrverpflichtung ist aber unter Umständen voll gültig und rechtsverbindlich, nur ist sie als ein besonderer Vertrag anzusehen.[2])

§ 10.

Ist so die Höhe der Haftung des Garanten bei den einzelnen Garantieverträgen verschieden, so ist andererseits der Grad der Haftung des Garanten stets derselbe. Er haftet nämlich immer auch für den Schaden, der dem Garantieempfänger durch höhere Gewalt oder durch Zufall erwächst.[3]) Denn durch den Garantievertrag soll ja gerade die Unsicherheit, die Gefahr der Nichtrentabilität der Unternehmung, von dem Garantieempfänger auf den Garanten abgewälzt werden. Diese Unrentabilität der Unternehmung kann nun einmal vorhanden sein, obwohl besonders außergewöhnlich widrige Umstände die Unternehmung nicht getroffen haben, sie kann aber andererseits auch dadurch eintreten, daß Zufall und höhere Gewalt eine Rolle spielen.

[1]) Vergl. Planck a. a. O. Anm. 6 zu § 767; Oertmann a. a. O. Anm. 3 zu § 767; Fischer-Henle Anm. 1 zu § 767 B.G.B.

[2]) Vergl. Planck Anm. 6 zu § 767; Dernburg a. a. O. S 346; Oertmann a. a. O. Vorbem. 3b zu § 765.

[3]) Stammler a. a. O. S. 135; Staub a. a. O. Anm. 43 zu § 349; Oertmann a. a. O. Anm. 2d zu § 676; Dernburg a. a. O. § 292; Crome a. a. O. § 300; Enneccerus-Lehmann a. a. O. S. 765.

In beiden Fällen aber ist das Endresultat für den Garantieempfänger dasselbe: er hat durch die Unternehmung Schaden erlitten. Das hat er aber befürchtet, und deshalb nur die Unternehmung begonnen oder fortgesetzt, nachdem er den Garantievertrag abgeschlossen hatte, durch den er sich vor Schaden bewahren wollte. Also erfordert Treu und Glauben, daß jetzt der Garant diesen Schaden tragen muß. Es kommt lediglich darauf an, daß im Endresultat der Garantieempfänger keinen Schaden durch die Unternehmung erleidet. Der Grund ist gleichgültig, nur darf der Schaden nicht durch doloses oder schuldhaftes Handeln des Garantieempfängers selbst hervorgerufen sein.[1])

Demgegenüber ist beim Bürgschaftsvertrage die Haftung des Bürgen gegenüber dem Gläubiger nicht so weitgehend. Meines Erachtens haftet der Bürge nur für Vorsatz und Fahrlässigkeit, nicht dagegen für höhere Gewalt und Zufall. Ich entnehme dies der Bestimmung des § 276 B.G.B., die nach herrschender Meinung[2]) sich auf jeden Fall eines Verschuldens innerhalb eines Vertragsverhältnisses bezieht. Würde der Bürge nach Abschluß des Bürgschaftsvertrages, vorausgesetzt, daß auch die Hauptverbindlichkeit schon begründet ist, sich in unsichere Spekulationen einlassen, die sein ganzes Vermögen gefährden, so handelte er meines Erachtens gegenüber dem Gläubiger fahrlässig. Denn besteht die Hauptverbindlichkeit, so entsteht durch den Abschluß des Bürgschaftsvertrages eine Forderung des Gläubigers gegen den Bürgen, und zwar in Höhe der Hauptverbindlichkeit. Der Bürge ist also vertraglich dem Gläubiger verpflichtet, in dieser Höhe sein Vermögen nicht Gefahren auszusetzen. Würde er es dennoch tun, z. B. indem er ohne jede Vorsicht hoch spekulierte, dann würde der Gläubiger gegen ihn, wenn er sein Vermögen eingebüßt hätte, einen Schadenersatzanspruch in Höhe jener Hauptverbindlichkeit haben.

[1]) S. u. S. 29.

[2]) Vergl. Fischer-Henle Anm. 1 zu § 276 B.G.B. und die dort Citierten; Staudinger a. a. O. Anm. I zu § 276; Planck a. a. O. Vorbem. I zu § 276.

Verliert dagegen der Bürge sein Vermögen durch Zufall oder höhere Gewalt, dann würde ihn kein Verschulden treffen, und er nach dem Grundsatz des Bürgerlichen Gesetzbuches, daß der Schuldner nur, abgesehen von wenigen, im Gesetz ausdrücklich bezeichneten Fällen, haftet, wenn ihn Verschulden trifft, nicht zur Verantwortung gezogen werden können.

§ 11.

Wie ich schon oben ausführte, hat der Garant kein Recht darauf, die Ausführung der Unternehmung, deren Risiko er übernommen hat, von dem Garantieempfänger zu verlangen. Indirekt wird allerdings der Garant den Garantieempfänger zur Ausführung zwingen können. Wenn z. B. zwischen den Parteien vereinbart wird, der Garant wolle sich nur auf ein Jahr seit Vertragsabschluß binden, dann wird der Garantieempfänger, wenn er überhaupt daran denkt, von seinem Rechte aus dem Garantievertrage Gebrauch zu machen, gezwungen sein, innerhalb dieses Jahres sein Projekt zur Ausführung zu bringen.

Nun könnte folgender Fall eintreten. A hat sich B durch Garantievertrag verpflichtet, ihm allen Schaden zu ersetzen, der ihm durch eine Ausstellung entstände. Es ist aber unter den Parteien vereinbart, daß diese Ausstellung drei Monate dauern, A aber nur bis längstens ein Jahr nach Vertragsabschluß verpflichtet sein soll. B beginnt mit den Vorbereitungen zu spät, und die Ausstellung kann erst 1 Monat vor Ablauf des einen Jahres eröffnet werden. Wenn nun nach Ablauf dieses Monats dem B noch kein Schaden entstanden ist, braucht A auch dem B nichts zu ersetzen. Ist dann nach Ablauf der nächsten 2 Monate aber dem B Schaden entstanden, so kann dies A gleichgültig sein, da er ja seit Ablauf des ersten Monats der Ausstellung in keinem Vertragsverhältnisse mehr zu B steht. Auch wenn der Fall so läge, daß bereits nach Ablauf des ersten Monats dem B ein Schaden von 1000 Mk. entstanden wäre, könnte A nicht herangezogen werden, da ja der Inhalt

des Vertrages der ist, das A für eine drei-, nicht dagegen für eine einmonatliche Ausstellung das Risiko übernimmt.

Endigt nun aber, entgegen der Befürchtung des Garantieempfängers das Unternehmen nicht mit Schaden, sondern erzielt er noch einen Gewinn, dann ist er nicht verpflichtet, diesen Gewinn an den Garanten auszuzahlen, oder mit ihm zu teilen.[1]) Dies ergiebt sich aus der Natur des Garantievertrages heraus von selbst, da er, wie ich schon oben ausführte, von dem Garanten lediglich zu dem Zwecke abgeschlossen wird, die betreffende Unternehmung zu stande zu bringen oder zu fördern, nicht aber, um direkt aus ihr für sich Gewinn zu erzielen.

Hierin liegt ein großer Unterschied des Garantievertrages von dem Auftrage. Der Beauftragte ist gerade im Gegenteil nach § 667 B. G. B. verpflichtet, dem Auftraggeber alles, was er zur Ausführung des Auftrages erhält und was er aus der Geschäftsbesorgung erlangt, herauszugeben. Diesen Unterschied hervorzuheben, ist deshalb wichtig, weil der Auftrag der einzige von den im Bürgerlichen Gesetzbuche behandelten Verträgen ist, der mit dem Garantievertrage eine gewisse Aehnlichkeit hat, sodaß es angebracht erscheint, die für ihn erlassenen Vorschriften für die des Garantievertrages, der ja im Bürgerlichen Gesetzbuche nicht behandelt ist, zum Vorbild zu nehmen.[2])

Der Auftrag ist ebenso wie der Garantievertrag unentgeltlich, unwesentlich zweiseitig, auch er beruht auf einem Vertrauensverhältnis, sein ganzer Inhalt deckt sich in gewisser Weise mit dem des Garantievertrages. Natürlich können aber die Vorschriften über den Auftrag nur insofern auf den Garantievertrag angewandt werden, als nicht die Natur dieses Vertrages ihnen entgegensteht. Es ergibt sich also hieraus: Zunächst ist, wenn wir für irgend einen Punkt bei dem Garantievertrage eine Bestimmung aufstellen wollen, zu prüfen,

[1]) Ebenso Oertmann a. a. O. Anm. 2d zu § 676; Crome a. a. O. § 300.

[2]) Vergl. Oertmann a. a. O. Anm. 2d zu § 676.

widerspricht es nicht dem Wesen des Garantievertrages, daß die entsprechende Vorschrift des Auftrags angewandt wird? Ist dies nicht der Fall, dann ist sie als auch für den Garantievertrag gültig anzusehen, im anderen Falle ist eine besondere abweichende Bestimmung zu treffen.

§ 12.

Durch den Abschluß des Garantievertrages entstehen Rechte und Verpflichtungen lediglich zwischen Garant und Garantieempfänger, nicht auch zwischen Garant und den Gläubigern des Garantieempfängers. Daraus folgt, daß, wenn etwa der letztere sich weigert seine Gläubiger zu befriedigen, oder wenn er etwa in Konkurs gerät, oder entflieht, dann die Gläubiger sich nicht an den Garanten halten können. Nur in einem Falle wäre das möglich, nämlich dann, wenn der Vertrag zwischen Garant und Garantieempfänger in Gestalt eines Vertrages zu Gunsten Dritter derart abgeschlossen wäre, daß aus ihm der oder die Gläubiger des Garantieempfängers unmittelbar gemäß § 328 Abs. 1 B. G. B. ein Recht erwerben sollten. [1])

Hier zeigt sich wieder ein großer Unterschied des Garantievertrages von der Bürgschaft. Der Bürge steht immer im Vertragsverhältnis zu dem Gläubiger. Mit ihm schließt er ja den Bürgschaftsvertrag ab. Freilich wäre es ja auch möglich, daß die Bürgschaft zwischen Bürge und Hauptschuldner eingegangen würde, ebenfalls in Art eines Vertrages zu Gunsten des Gläubigers gemäß § 328 Abs. 1 B. G. B. Dieser Fall wird aber wohl nur außerordentlich selten vorkommen.

Gerät der Hauptschuldner in Konkurs, oder entflieht er, so hat das sofort nachteilige Folgen für den Bürgen. Nach § 773 B. G. B. kann sich in diesen Fällen der Gläubiger sofort an dem Bürgen schadlos halten, ohne daß diesem jetzt, wie in gewöhnlichen Fällen, die Einrede der Vorausklage zusteht.

[1]) Vergl. Dernburg a. a. O. § 292; Crome a. a. O. § 300; Oertmann a. a. O. Anm. 2 d zu § 676; Staub a. a. O. Anm. 43 zu § 349.

§ 13.

Nun darf man aber die Verpflichtung des Garanten nicht so auffassen, als ob der Garantieempfänger zu jeder Zeit, wenn ihn ein Schaden trifft, verlangen könnte, daß der Garant sofort einspränge und den Schaden decke. Bei gewöhnlichem Verlaufe der Dinge ist im Gegenteil der Garant zur Zahlung erst verpflichtet, wenn die Unternehmung beendet ist, und sich durch rechnerische Aufstellung von Gewinn und Verlust zahlenmäßig feststellen läßt, wie hoch der reine Verlust ist. Es wird allerdings auch Ausnahmen dieser Regel geben, in denen schon vor Beendigung der Unternehmung der Garant zur Deckung eingetretenen Schadens verpflichtet ist. Wenn z. B. A sich B verpflichtet hat, ihm den Ausfall zu ersetzen, den B bei einer dreimonatlichen Ausstellung erleiden wird, und B ist infolge widriger Umstände, da er während des ersten Monats seit Beginn der Ausstellung ständig hat zusetzen müssen, nach Ablauf des ersten Monats aller Mittel bar, dann würde er jetzt schon meines Erachtens von A verlangen können, ihm den bereits erlittenen Schaden zu ersetzen, damit B wieder in die Lage käme, wenigstens weiter arbeiten zu können. Der Garant ist zum Ersatze jetzt schon verpflichtet; denn er hat die Haftung übernommen, um das Unternehmen zu fördern. Würde er jetzt nicht schon zur Deckung des Schadens gezwungen werden können, dann würde er nicht nur das Unternehmen nicht fördern, sondern es geradezu schädigen. Denn B müßte ja unter den obwaltenden Umständen von der Weiterführung seiner Unternehmung aus Mangel an Betriebsmitteln Abstand nehmen. Natürlich würde B, wenn sich nach Ablauf der 3 Monate die Lage derart günstiger gestaltet hätte, daß er sogar Ueberschuß erzielt hätte, verpflichtet sein, dem A das von ihm gezahlte Geld zurückzugeben.

Wenn nun der Garantieempfänger, weil er die Unternehmung für sehr gewagt hält, von vorne herein gar nicht gewillt gewesen ist, sein ganzes Vermögen aufs Spiel zu setzen, sondern nur eine bestimmte Summe in die Unternehmung zu stecken, und er dies bei Abschluß des Vertrages,

sei es ausdrücklich, oder sonstwie erkennbar mit dem Garanten vereinbart hat, dann würde letzterer schon nach Verbrauch jener Summe, ohne Rücksicht auf sonstige Mittel des Garantieempfängers, sowie darauf, ob die Unternehmung schon beendet ist, zur Zahlung verpflichtet sein.[1]) Denn sonst würde der Garant auch in diesem Falle die Unternehmung durch sein passives Verhalten direkt schädigen, da sie ja aus Mangel an Mitteln nicht zu Ende geführt werden könnte.

Auf jeden Fall aber, mag der Garant erst nach Beendigung der betreffenden Unternehmung, oder schon früher zur Zahlung verpflichtet sein, kann er, wie ich schon sagte, vorher von dem Garantieempfänger Rechenschaftsablegung verlangen, ob denn auch tatsächlich der von diesem behauptete Schaden eingetreten sei. Einmal muß den Garantieempfänger diese Verpflichtung schon nach den Grundsätzen von Treu und Glauben treffen. Denn man kann unter Berücksichtigung von Treu und Glauben von dem Garanten nicht verlangen, daß er verpflichtet sein soll, eine bestimmte Summe als Schadensersatz zu zahlen, ohne daß ihm vorher nachgewiesen wird, daß dieser Schaden auch in Wirklichkeit vorhanden ist. Andererseits kann ich mich aber auch für die Richtigkeit dieses Satzes auf das Gesetz selbst berufen. Denn dieses bestimmt im § 666 für den Auftrag, daß der Beauftragte verpflichtet ist, nach der Ausführung des Auftrags Rechenschaft abzulegen. Da ich nun, wie ich oben dargelegt habe, die Bestimmungen für den Auftrag dann auf den Garantievertrag angewandt wissen will, wenn nicht aus dem Wesen dieses Vertrages hervorgeht, daß sie ihm direkt zuwiderlaufen, ergibt sich, daß auch auf § 666 B.G.B. die Pflicht des Garantieempfängers zur Rechenschaftsablegung gestützt werden kann. Die anderen Verpflichtungen freilich, die dem Beauftragten nach § 666 B.G.B. auferlegt werden, sind auf den Garantievertrag unanwendbar, da durch ihn der Garant lediglich das Unternehmen fördern will, aber niemals auch Einfluß auf dasselbe selbst erhält.

[1]) Vergl. Crome a. a. O. § 300.

Nun braucht aber der Garantieempfänger nicht zu jeder Zeit und über jedes einzelne Geschäft dem Garanten Rechenschaft abzulegen. Er braucht sich auch nicht bei jedem Geschäft zu exkulpieren, daß ihm bei Vornahme desselben nicht in geringster Weise ein Verschulden zur Last falle. Auch kann der Garant mit seiner Zahlung, wenn er zum Ersatze eingetretenen Schadens herangezogen wird, nicht etwa zurückhalten, bis vielleicht gerichtlich festgestellt ist, daß bei keinem der vorgenommenen Geschäfte den Garantieempfänger irgend eine Fahrlässigkeit trifft. Denn sonst würde wohl tatsächlich ein größeres Unternehmen nie mehr zu stande kommen. Es ist doch natürlich, daß bei einem Bahnbau z. B. oder einer größeren Ausstellung der oder die Unternehmer zunächst von den Lieferanten und Handwerkern Kredit erhalten müssen. Bis zur Höhe der Summe, in der von Garanten Garantie geleistet worden ist, werden jene in den meisten Fällen bereit sein, den Kredit zu gewähren, weil sie sich eben sagen, wenn das Unternehmen wirklich mit Schaden endigt, werden sie doch zu ihrem Gelde kommen, weil ja die Garanten Garantie geleistet haben, und infolgedessen jeden eingetretenen Schaden decken müssen.

Wenn nun aber der Unternehmer nicht das Recht hätte, nach einmaliger ordnungsmäßiger Rechenschaftsablegung gegen den oder die Garanten sofort zwecks Zahlung vorgehen zu können, sondern erst jedem einzelnen besonders und so, wie er will, Rechenschaft ablegen müßte, wo der Fall eintreten könnte, daß er sich auf Einwendungen erklären müßte, die er niemals in der Lage wäre, zu widerlegen, dann würde wohl kaum sich jemand bereit finden, einem solchen Unternehmer zu kreditieren. Denn er liefe ja Gefahr, daß die garantierten Beträge zum Teil gar nicht, zum Teil womöglich erst nach Jahren bezahlt würden. Es würde also in Wirklichkeit die garantierte Summe gar nicht völlig sicher in ihrer angegebenen Höhe bestehen, und so es leicht möglich sein, daß der eine oder der andere der Kreditierenden mit seiner Forderung ausfiele.

Hieraus ergibt sich, daß der Garantieempfänger nur einmal Rechenschaft abzulegen braucht.[1]) Gegen diese würde dann allerdings von Seiten des Garanten geltend gemacht werden können, daß sie nicht ordnungsmäßig sei. Ist sie aber dann einmal, eventuell durch Sachverständige, als ordnungsmäßig festgestellt, dann ist der Garant verpflichtet zu zahlen. Glaubt er trotzdem, daß dem Garantieempfänger bei Vornahme dieses oder jenes Geschäftes eine Fahrlässigkeit zur Last fiele, dann bleibt es ihm unbenommen, später den Garantieempfänger auf Rückzahlung der ganzen, oder eines Teiles der von ihm gezahlten Summe zu verklagen.

Wir sehen demnach, daß auch hier, bei den Garantieverträgen, bei denen die garantierte Unternehmung in einem Inbegriff von Handlungen besteht, der Garant primär verpflichtet ist.[2]) Daß demgegenüber der Bürge nur subsidiär dem Gläubiger haftet, habe ich schon oben[3]) ausgeführt. Ich kann mich also hier darauf beschränken, auf meine früheren Ausführungen zu verweisen.

§ 14

Im § 8 dieser Abhandlung erwähnte ich, daß oft der Garantievertrag durch Bilden eines Garantiefonds zu stande kommt. In solchen Fällen sind also stets mehrere Garanten vorhanden. Es fragt sich nun, ob zwischen diesen einzelnen Garanten besondere Rechtsbeziehungen entstehen. Hierbei ist zu unterscheiden: Entweder werden sie sich zu einer Gesellschaft irgend welcher Art, z. B. einer Aktiengesellschaft vereinigen. Dann wird, wenn später der Garantievertrag eingegangen wird, nur ein Vertrag zwischen Garantieempfänger und der Aktiengesellschaft der Garanten geschlossen. Es würde also rechtlich nicht der einzelne Garant, sondern die Aktiengesellschaft als solche Gegenkontrahent des Garantieempfängers sein.

---

[1]) Vergl. Entsch. des R.G. in Seufferts Archiv Bd. 55 S. 276, 277.
[2]) Vergl. S. 10.
[3]) Vergl. S. 11.

Liegt der Fall jedoch so, daß die Garanten sich nicht zusammengeschlossen haben, dann sind soviel Garantieverträge abgeschlossen, wie Zeichnungsscheine abgesandt und unterschrieben sind. Jeder einzelne Garant steht also in persönlicher Rechtsbeziehung zum Garantieempfänger. Von jedem also kann dieser die garantierte Summe verlangen. Demnach würden sämtliche Garantiebeträge in voller Höhe verfallen sein, wenn die Gesamtsumme aller von den einzelnen Garanten gezeichneten Summen weniger oder gerade soviel betragen sollte, wie der Fehlbetrag der Unternehmung, deren Risiko die Garanten auf sich genommen haben, beträgt. Ist aber dieser Fehlbetrag geringer als die Gesamtsumme aller gezeichneten Beträge, dann steht es meines Erachtens, wenn auf den Zeichnungsscheinen für diesen Fall nichts besonderes vermerkt ist, dem Garantieempfänger frei, irgend welche nach seiner Wahl aus der Zahl der Garanten in voller Höhe ihres gezeichneten Betrages zur Zahlung heranzuziehen, und den Fehlbetrag zu decken.

Es würden dann also einige Garanten ihre gezeichneten Summen verlieren, während die anderen ohne jeden Schaden davonkämen. Dies würden auch die Herangezogenen nicht abwenden können; denn jeder von ihnen hat ja einen besonderen, von den anderen Garanten unabhängigen Vertrag abgeschlossen, sich also auf die ganze Summe, die er gezeichnet hat, verpflichtet. Um dieser üblen Folge vorzubeugen, wird meistens auf den Zeichnungsscheinen vermerkt sein, daß, wenn der Fehlbetrag geringer als die Gesamtsumme des Garantiefonds ist, die Zeichner nach Verhältnis der von ihnen gezeichneten Beträge herangezogen werden sollen.

Diese Vermerkung würde Gegenstand des Vertrages werden, und also der betreffende Garant nur verhältnismäßig zur Zahlung verpflichtet sein, wenn der Fehlbetrag geringer als der Garantiefonds ist. Nehmen wir z. B. an, der Fehlbetrag der Unternehmung betrüge 3000 M., der Garantiefonds dagegen 10000 M. Es sollen 4 Zeichner vorhanden

sein, von denen A 3000 M., B 250 M., C 4000 M. und D 2750 M. gezeichnet hätten. Es verhält sich also der Fehlbetrag zum Garantiefonds wie 3000:10000, oder wie 3:10. Mithin wird jeder Garant zu $^3/_{10}$ der von ihm gezeichneten Summe herangezogen. Demnach würde A 900 M., B 75 M., C 1200 M. und D 825 M. zu zahlen haben.

Beim Garantievertrage haften somit mehrere Garanten, falls diese unter einander nichts vereinbart haben, auch der Vertrag mit dem Garantieempfänger nichts besonderes enthält, jeder für sich nur in Höhe der von ihm garantierten Summe. Gerade entgegengesetzt verhält es sich bezüglich der Haftung mehrerer Bürgen. Diese haften nach positiver Gesetzesbestimmung als Gesamtschuldner auch dann, wenn sie die Bürgschaft nicht gemeinschaftlich übernommen haben.[1] Diese Bestimmung ist aber nur dispositiver Natur, es kann also Teilhaftung vereinbart werden.[2] Besteht aber bezüglich der Mitbürgen Gesamtschuldverhältnis, dann hat der, der von dem Gläubiger in Anspruch genommen wird, in der Höhe, in der er den Gläubiger befriedigt hat, einen Regreßanspruch an die Mitbürgen gemäß § 426 B.G.B., also abzüglich der Summe, die sich ergibt, wenn man den von dem Mitbürgen an den Gläubiger gezahlten Betrag durch die Anzahl der Mitbürgen dividiert.[3] Z. B. die Schuld des A an B beträgt 900 M. Für A haben sich C, D, E verbürgt, ohne etwas besonderes vereinbart zu haben. A wird insolvent, und B hält sich an D. Dann muß D für die gesamten 900 M. einstehen, kann sich aber wegen der 600 M. wieder an C und E halten.

§ 15.

Führt der Garantieempfänger die Unternehmung aus, wozu er ja nicht verpflichtet ist, so hat er nach Treu und Glauben seine Anordnungen so zu treffen, daß er seinerseits

[1]) Vergl. § 769 B.G.B.

[2]) Vergl. Oertmann a. a. O. § 769 Anm. 2; Staudinger a. a. O. § 769 Anm. 1; Planck § 769 B.G.B. Anm. 1.

[3]) Vergl. Fischer-Henle a. a. O. Anm. 2 zu § 769; Oertmann a. a. O. Anm. 3 zu § 769.

alles tut, den Erfolg herbeizuführen, und jedweden Schaden abzuwenden. Dies folgt aus § 157 B.G.B. Trifft er seine Maßregeln nicht sorgfältig, sondern fällt ihm Fahrlässigkeit zur Last, oder schädigt er sogar vorsätzlich das Unternehmen, dann verliert er in der Höhe, in der durch seinen Vorsatz oder seine Fahrlässigkeit die Unternehmung Schaden erleidet, den Ersatzanspruch an den Garanten,[1]) und zwar auch dann meines Erachtens, wenn der eingetretene Schaden nur auf einfacher Fahrlässigkeit beruht. Denn der Garant übernimmt die Haftung auf Grund des Interesses, das er an der Unternehmung hat; er selbst erlangt durch den Vertrag fast gar keine Rechte, sondern wird durch ihn nur verpflichtet. Irgendwie durch selbständige Anordnungen auf die Unternehmung einzuwirken ist ihm nicht gestattet, vielmehr ist Herr derselben der Garantieempfänger allein. Und doch ist der Garant der, der den Schaden zu tragen hat. Er hat also ein festes Vertrauen zu dem Garantieempfänger, daß er bemüht ist, möglichst jeden Schaden abzuwenden. Dieses Vertrauen muß meines Erachtens nach Treu und Glauben der Garantieempfänger rechtfertigen, und deshalb im Interesse des Garanten in jeder Hinsicht vorsichtig und bedacht zu Werke gehen.

Dabei möchte ich aber betonen, daß selbstverständlich an erster Stelle immer die Sorge für das Zustandekommen oder die Förderung des Unternehmens selbst stehen muß. Wenn also einmal der Fall derart liegen sollte, daß eine Maßregel des Garantieempfängers zwar eine gewisse Gefahr des Mißlingens in sich trägt, aber andererseits, wenn sie gelingt, dem Unternehmen sehr förderlich ist, dann kann der Garantieempfänger sie ruhig treffen, ohne befürchten zu müssen, im Falle ihres Mißglückens den entstandenen Schaden selbst tragen zu müssen In solchen Zweifelsfällen geht eben immer die Förderung der Unternehmung dem Interesse des Garanten vor.

[1]) Vergl. Stammler a. a. O. S. 136 fg.; Oertmann a. a. O. Anm. 2d zu § 676; Dernburg a. a. O. § 292; Crome a. a. O. § 300; Hallbauer a. a. O. S. 338; Düringer-Hachenburg a. a. O. Anm. 3 zu § 349; Staub a. a. O. Anm. 43 zu § 349; Enneccerus-Lehmann a. a. O. S. 765.

Schaden dagegen, der infolge höherer Gewalt oder Zufalls das Unternehmen trifft, geht immer, wie ich schon ausgeführt habe, zu Lasten des Garanten.

Diese Verpflichtung des Garantieempfängers, Treu und Glauben zu beobachten, erstreckt sich aber nur auf Handlungen, die direkt einen Teil der Ausführung der Unternehmung bilden. Nicht etwa ist er verpflichtet neue Verträge, die für ihn einen rein lukrativen Charakter tragen, eingehen zu müssen, z. B. eine Schenkung, die ihm angeboten wird, anzunehmen, lediglich aus dem Gesichtspunkte, daß dadurch die Verpflichtungen des Garanten geringer werden.[1]) Denn sonst würde ja der Garantieempfänger auf Grund des Garantievertrages verpflichtet sein, gegen seinen Willen eventuell jeden Vertrag, der für ihn rein lukrativ wäre, mit jedem Dritten, der ihm einen diesbezüglichen Vertragsantrag machte, einzugehen. Diese Konsequenz ist doch unhaltbar. Sie würde direkt dem Garantieempfänger seinen freien Willen zum Abschlusse einer ganzen Art von Verträgen rauben, ihn vielmehr zu diesen Abschlüssen zwingen.

Stammler erwähnt dann noch bei der Erörterung, daß der Garantieempfänger bei der Ausführung der Unternehmung Treu und Glauben beobachten müsse, folgendes Beispiel:[2])

Der Staat hat einer Eisenbahngesellschaft, die auf mehreren Linien ihren Betrieb hat, für die Rentabilität einer Linie mindestens jährlich 5% Dividende garantiert. Wenn nun, meint Stammler, die Eisenbahngesellschaft ihren Betrieb über die nicht garantierten Linien leitet, obwohl dies für den Verkehr hinderlicher ist, als wenn sie ihn über die garantierte Linie leitet, dann würden ihre Aktionäre nicht vom Staate die 5% Dividende verlangen können, wenn die Linie selbst nicht diesen Mindestertrag abwürfe, weil dann ihr Vorgehen dolos wäre. Wenn aber der Verkehr gerade so gut über die garantierte wie über die nicht garantierten Linien geleitet werden könnte, wäre es nicht gegen Treu und Glauben

[1]) Vergl. Stammler a. a. O. S. 138.
[2]) Vergl. Stammler a. a. O. S. 138, 139.

gehandelt, wenn die Eisenbahngesellschaft die nicht garantierten Linien vorzöge, und in diesem Falle gingen die Aktionäre der Gesellschaft demgemäß nicht ihres Anspruchs an den Staat auf Zahlung der 5% Dividende verlustig.

Darin stimme ich nun mit Stammler überein, daß die Eisenbahngesellschaft dolos handelt, wenn sie den Betrieb zum Nachteil des Verkehrs auf die nicht garantierten Linien leitet, lediglich aus gewinnsüchtigen Absichten. Auch nach meiner Ansicht würde also in diesem Falle der Staat von den Aktionären nicht in Anspruch genommen werden können, wenn die garantierte Linie den Mindestertrag, den der Staat garantiert hatte, nicht abwürfe. Aber ich nehme im Gegensatz zu Stammler auch schon dann ein doloses Vorgehen der Gesellschaft an, wenn diese den Verkehr ausschließlich über die nicht garantierten Linien leitete, obwohl er sich ebensogut über die garantierte Linie leiten ließe. Denn in diesem Falle verfährt die Gesellschaft doch offenbar so nur, um den Betrieb auf den nicht garantierten Linien auf Kosten des auf der garantierten Linie zu heben. Sie geht eben davon aus, daß der Betrieb auf der garantierten Linie ruhig nachlassen kann, weil der Staat ja doch 5% zahlen muß. Dagegen, je mehr der Betrieb auf den nicht garantierten Linien wächst, desto höherer Verdienst wird erzielt. Eine derartige Berechnung verstößt meines Erachtens gegen Treu und Glauben. Meiner Ansicht nach müßte in solchem Falle die Gesellschaft mindestens den Betrieb zur Hälfte über die garantierte Linie leiten, wenn sie den Anspruch gegen den Staat auf Zahlung der 5% Dividende behalten will.

Diese Verpflichtung des Garantieempfängers, bei der Ausführung der Unternehmung Treu und Glauben beobachten zu müssen, besagt aber nun nicht, daß er nur solche Anordnungen für das garantierte Unternehmen treffen dürfe, die direkt unmittelbar notwendig sind. Im Gegenteil, ein gewisser Spielraum muß ihm belassen werden, besonders muß ihm gestattet sein, auch solche Maßregeln zu treffen, die, auch ohne daß sie direkt für die Unternehmung notwendig sind,

nach seinem Ermessen geeignet sind, die Rentabilität der Unternehmung zu erhöhen. Wenn z. B. jemand Garantie für eine Maschinenausstellung in größerem Stile geleistet hat, und der Garantieempfänger hält es für die Rentabilität der Ausstellung für richtig, eine Restauration mit Konzerten etc. mit der Ausstellung zu verbinden, dann kann bei Unrentabilität der Ausstellung der Garant nicht etwa die Kosten der Restauration etc. von dem eingetretenen Schaden abziehen, und sie dem Garantieempfänger aufbürden, indem er geltend macht, für die Restauration etc. habe er nicht Garantie geleistet, diese stehe mit einer Maschinenausstellung in keinem Zusammenhange, der Garantieempfänger sei also über seine Befugnisse hinausgegangen. In solchen Fällen wird es freilich immer darauf ankommen, in welchem Verhältnis die Nebenunternehmungen zu dem Hauptunternehmen stehen. Haben jene einen derartigen Umfang angenommen, daß der eigentliche, geplante Zweck des Hauptunternehmens völlig an die zweite Stelle gerückt ist, dann wird sich allerdings meines Erachtens der Garant hierauf berufen können und Deckung des Schadens zu verweigern berechtigt sein. Es ist hierbei aber immer noch zu berücksichtigen, ob nicht der Garant stillschweigend seine Genehmigung zu diesen Nebenunternehmungen gegeben hat, dadurch, daß er, obwohl er sich oftmals durch den Augenschein von der Ausführung des Unternehmens überzeugte, niemals Einspruch gegen die Nebenunternehmungen erhoben hat.

Man wird diese Frage, wieweit der Garantieempfänger Nebenunternehmungen mit dem Hauptunternehmen verbinden darf, dahin beantworten können, daß man sagt, der Garantieempfänger hat dann seine Befugnisse nicht überschritten, wenn im Großen und Ganzen der Charakter des Unternehmens, so wie es geplant war, und für das Garantie geleistet ist, gewahrt ist, und die Nebenunternehmungen zur Herbeiführung einer besseren Rentabilität des Hauptunternehmens vom vernünftigen, unparteiischen Standpunkt aus betrachtet, wohl zu billigen sind.[1])

[1]) Vergl. Entsch. d. R.G. in Seufferts Archiv Bd. 55 S. 273 fg.

Nun kann es vorkommen, besonders in den Fällen, in denen ein Garantiefonds gebildet wird, daß auf den von dem Garantieempfänger versandten Zeichnungsscheinen vermerkt ist, der Garantiefonds betrüge schon eine gewisse Summe. Wenn sich nun später herausstellt, daß dieser Vermerk nicht der Wahrheit entsprochen hat, sind meines Erachtens die, die auf Grund desselben gezeichnet haben, berechtigt, den Vertrag wegen Arglist des Garantieempfängers anzufechten. Keine Arglist aber und auch keine Fahrlässigkeit wird ihm vorgeworfen werden können, wenn er auf Grund der Zeichnungsscheine, die schon unterschrieben waren, annahm, die gezeichneten Summen würden auch eingehen, während jedoch in Wirklichkeit schon bei Vertragsabschluß eine Anzahl Zeichner gar nicht in der Lage war, die von ihnen gezeichneten Beträge zu zahlen, also tatsächlich der Fonds bedeutend geringer war, als die Gesamtsumme der gezeichneten Beträge. Denn die Verpflichtung, jeden einzelnen Zeichner erst bezüglich seiner Vermögensverhältnisse prüfen zu müssen, kann man dem Garantieempfänger nicht auferlegen. Er ist vielmehr ohne weiteres berechtigt, die unterschriebenen Zeichnungsscheine nach ihrem Nennwerte einzustellen, abgesehen allerdings meines Erachtens von den Beträgen solcher Personen, von denen ihm bekannt ist, oder bekannt sein muß, daß sie vermögenslos sind, sich im Konkurse befinden, oder sonst in der Verfügung über ihr Vermögen beschränkt sind.

Belanglos würde ferner sein, wenn auf dem Zeichnungsschein vermerkt wäre, das Unternehmen würde sich unter den obwaltenden Umständen sicher rentieren. Denn einmal muß sich der Garant sagen, wenn tatsächlich bei dem Unternehmen keine Gefahr zu befürchten wäre, dann würde der Garantieempfänger gar keinen Garantievertrag abschließen. Durch ihn wälzt er ja lediglich die Gefahr der Unternehmung von sich auf den Garanten ab. Weiter kann ja auch der Garantieempfänger vorher gar nicht ahnen, welcher Schaden ihm durch Zufall oder höhere Gewalt zustößt, den, wie ich

schon ausgeführt habe, der Garant stets zu vertreten hat. Jener Vermerk, das Unternehmen würde sich sicher rentieren, ist also lediglich eine Anpreisung, die von seiten des Garantieempfängers geschieht, zu dem Zwecke, möglichst viele für die Unternehmung zu interessieren, und so viele Garanten anzuziehen. Sie ist rechtlich genau so anzusehen, wie jede Reklame,[1]) die ein Kaufmann für seine Ware macht, wird also nicht Bestandteil des Vertrages. Dagegen würde von Bedeutung für den Garantievertrag sein, wenn der Garantieempfänger in dem Zeichnungsschein sich verpflichtet hätte, das Unternehmen zu einer bestimmten Zeit und an einem bestimmten Ort vorzunehmen. Würde er gegen beide oder auch nur eine dieser Bestimmungen verstoßen, dann würde der Garant berechtigt sein, seine Zahlung zu verweigern, weil die Vereinbarung über Zeit und Ort der Unternehmung derart wesentlich ist, daß überhaupt ein ganz anderes Unternehmen im rechtlichen Sinne vorliegt, als das war, für das der Garant Garantie geleistet hatte, wenn der Garantieempfänger zu anderer Zeit oder an anderem Ort das Unternehmen ins Leben ruft.

Während also der Garantieempfänger bei Ausführung der Unternehmung Treu und Glauben beobachten, und jede Fahrlässigkeit vertreten muß, liegt dem Gläubiger bei einer Einziehung seiner Forderung eine derartige Diligenzpflicht gegenüber dem Bürgen nicht ob.[2]) Der Gläubiger ist nicht verpflichtet, wenn z. B. der Bürge ihn warnt, er möge seine Schuld bei dem Hauptschuldner eintreiben, denn aller Wahrscheinlichkeit nach würde dieser bald in Vermögensverfall geraten, diese Warnung unter allen Umständen zu befolgen. Auch wenn er es nicht täte, und der Hauptschuldner wirklich insolvent würde, würde dennoch der Bürge dem Gläubiger

[1]) Z. B. durch Inserat in der Zeitung: Erstes Haus am Platze, ich verkaufe nur die besten Schuhe in der Stadt etc.

[2]) Vergl. Planck a. a. O. Anm. 2a zu § 776; Oertmann a. a. O. Anm. 2 zu § 776; Dernburg a. a. O. § 290; Crome a. a. O. § 298 Nr. 3a; Enneccerus-Lehmann a. a. O. S. 774 fg.; Staudinger a. a. O. Anm. 3 zu § 776.

verhaftet bleiben. Dieser Grundsatz ergibt sich aus dem Wesen der Bürgschaft. Der Bürge wird eine derartige Warnung nur an den Gläubiger erlassen, weil er befürchtet, wenn dieser nicht unverzüglich seine Forderung von dem Hauptschuldner einzieht, selbst zur Zahlung herangezogen zu werden. Es ist also lediglich sein Interesse, das er mit jener Warnung verfolgt. Auf die Interessen des Bürgen aber Rücksicht zu nehmen, ist der Gläubiger durch den Bürgschaftsvertrag aber keineswegs verpflichtet, vorausgesetzt natürlich, daß dies nicht ausdrücklich abgemacht ist. Denn der Gläubiger schließt deshalb einen Bürgschaftsvertrag ab, weil sein Hauptschuldner ihm nicht sicher genug erscheint. Er will also lediglich sich für seine Forderung sichern. Alles andere als eine Sicherung würde es aber sein, wenn jetzt durch den Bürgschaftsvertrag ihm neue Verpflichtungen auferlegt würden, nämlich allerlei Rücksichten auf den Bürgen zu nehmen. Auch aus § 776 B.G.B. ist nicht eine Diligenzpflicht für den Gläubiger zu entnehmen.[1]) Denn dieser Paragraph ist so bestimmt gefaßt, daß eben nur dann seine Vorschrift Platz greift, wenn der Gläubiger tatsächlich eins der dort aufgeführten Vorzugsrechte aufgibt. Vor allem ist auch der Gläubiger, weil er eine „diligentia in exigendo" nicht zu vertreten hat, nicht verpflichtet seine Forderung, wenn der Hauptschuldner in Konkurs gerät, anzumelden. Dies ist sehr wichtig, weil sonst in vielen Fällen eine Beendigung der Bürgschaft eintreten würde, wenn der Hauptschuldner in Konkurs geriete. Nach § 17 der Konkursordnung hat nämlich der Konkursverwalter, wenn ein zweiseitiger Vertrag zur Zeit der Eröffnung des Konkursverfahrens von dem Gemeinschuldner und von dem anderen Teile nicht oder nicht vollständig erfüllt ist, die Wahl, ob er an Stelle des Gemeinschuldners den Vertrag erfüllen will oder nicht. Entschließt er sich für Nichterfüllung, dann wird dadurch der Vertrag nicht aufgehoben, nur verwandelt sich der Anspruch des Vertragsgegners des Gemeinschuldners auf Erfüllung in eine Konkursforderung auf Schadensersatz wegen

[1]) Ebenso Planck a. a. O. Anm. 2a zu § 776.

Nichterfüllung. Der Anspruch auf Schadensersatz ist also kontraktlicher, nicht außerkontraktlicher Natur.[1]) Nun ist aber nach § 767 B.G.B. für den Bestand der Bürgschaftsschuld infolge ihres akzessorischen Charakters der Bestand der Hauptverbindlichkeit maßgebend. Sobald also der Gläubiger die Erfüllung dieser nicht mehr verlangen kann, wird auch der Bürge frei. Hat aber der Konkursverwalter von seinem Erfüllungsverweigerungsrecht Gebrauch gemacht, dann kann somit der Gläubiger Erfüllung der Hauptverbindlichkeit nicht mehr verlangen. Also muß auch die Bürgschaft, die für die Erfüllung dieser Hauptverbindlichkeit übernommen ist, hinfällig sein.

Wenn aber der Gläubiger vorsätzlich deshalb seine Forderung von dem Hauptschuldner nicht eintreibt, weil er dem Bürgen Schaden zufügen will, dann würde er allerdings sich diesem schadensersatzpflichtig machen, und zwar aus § 826 B.G.B.[2])

§ 16.

Gerade so, wie beim Garantievertrage mehrere Garanten vorhanden sein können, können auch mehrere Garantieempfänger jenen gegenüberstehen. Auch hier werden, wie wir das oben bei der Erörterung der Rechtsverhältnisse unter mehreren Garanten gesehen haben, die Garantieempfänger entweder sich zu einer Gesellschaft irgend welcher Art zusammenschließen, oder zu einander in keine Rechtsbeziehungen treten. Haben sie eine Gesellschaft nach Bürgerlichem Recht — § 705 fg. B.G.B. — gebildet, dann sind die Berechtigten alle Gesellschafter in ihrer Gesamtheit. Will also der Garant aus dem Garantievertrage Klage erheben, oder wollen jene selbst klagen, dann müssen, auch für den Fall, daß durch den Gesellschaftsvertrag nach § 710 B.G.B. die Führung der Geschäfte, und damit nach § 714

[1]) Vergl. Sydow-Busch K. O. § 17 Anm. 3 und die dort Citierten.
[2]) Vergl. Planck a. a. O. Anm. 4 zu § 776; Staudinger a. a. O. Anm. 3 zu § 776; Oertmann a. a. O. Anm. 2c zu § 776; Dernburg a. a. O. § 290; Crome a. a. O. § 298.

B.G.B. die Vertretung der Gesellschaft einzelnen Gesellschaftern übertragen ist, alle Gesellschafter klagen resp. verklagt werden. Haben sie etwa einzelne Gesellschafter zur Prozeßführung ermächtigt, so sind diese doch nur als Prozeßbevollmächtigte, nicht als Partei anzusehen. Zugeschobene Eide können also für die Gesellschaft nicht sie allein, sondern müssen alle Gesellschafter leisten.[1])

Bilden demgegenüber die Garantieempfänger eine juristische Person, dann steht dem Garanten diese allein als berechtigt gegenüber. Bestehen überhaupt keine Rechtsbeziehungen zwischen den Garantieempfängern, die derart sind, daß man eine Gesellschaft annehmen kann, dann muß sich aus dem Vertrage mit den Garanten wenigstens in irgend einer Weise ergeben, wer von den Garantieempfängern berechtigt sein soll, Zahlungen entgegenzunehmen. Wie die Verhältnisse dann im Einzelnen liegen, wird sehr verschieden sein. Es genügt jedenfalls, wenn die Berechtigten in irgend einer Weise bestimmbar sind, ohne daß unbedingt erforderlich ist, daß für die ganze Dauer der Unternehmung dieselben Personen die Berechtigten sind, und daß sie namentlich bezeichnet sein müssen.[2])

Ebenso kann natürlich auch bei der Bürgschaft der Gläubiger eine einzelne physische Person, eine juristische Person, oder eine Mehrheit von Personen sein, die sich ebenfalls wieder zu einer Gesellschaft nach Bürgerlichem Recht zusammen geschlossen haben können oder nicht. Es werden dann dieselben Grundsätze, die ich soeben entwickelt habe, anzuwenden sein.

§ 17.

Bezüglich der Endigungsgründe der Bürgschaft und des Garantievertrages gilt folgendes:

Der Garantievertrag endigt dann, wenn das Unternehmen, für das Garantie übernommen ist, beendigt ist. Dies wird

[1]) Vergl. Staudinger a. a. O. Anm. IV zu § 714; Planck a. a. O. Anm. 5 zu § 714.

[2]) Vergl. Entsch. des R.G. in Seufferts Archiv Bd. 55 S. 273 fg.

der gewöhnliche Endigungsgrund des Garantievertrags sein. Abgesehen hiervon wird auch Ablauf der Zeit, wenn dies ausdrücklich vereinbart ist, eine Beendigung herbeiführen, z. B. wenn abgemacht ist, der Garant solle sich nur auf ein Jahr seit Abschluß des Garantievertrages verpflichten. Es würde ferner noch zu prüfen sein, ob Tod des Garanten oder des Garantieempfängers Einfluß auf den Garantievertrag hätten, und ob er etwa von Seiten des Garanten widerrufen werden kann. Ich halte für unerheblich den Tod des Garanten oder den des Garantieempfängers. Meines Erachtens kann die Vorschrift des § 673 B.G.B. nicht auf den Garantievertrag angewendet werden. Denn der Garant erwirbt aus dem Garantievertrag für seine Verpflichtung kein Gegenrecht; mithin kann ihm die Person des Garantieempfängers gleichgültig sein. Andererseits würde es dem Unternehmen sehr schaden, wenn plötzlich, lediglich, weil infolge Erbgangs eine andere Person der Unternehmer würde, die Summe, die bisher als Garantie bereit stand, nicht mehr vorhanden wäre. Ebenso würde, wenn dem Garanten ein Widerrufsrecht eingeräumt würde, die Unternehmung nur geschädigt werden, da ja dann der Garantieempfänger jeden Augenblick auf den Widerruf gefaßt sein müßte.

Demgegenüber endigt die Bürgschaft, wenn der Hauptschuldner seine Verbindlichkeit erfüllt, oder die Schuld in irgend einer anderen Weise erlischt. Beerbt der Hauptschuldner den Bürgen, oder der Bürge den Schuldner, so erlischt die Bürgschaft ebenfalls, es sei denn, daß der Gläubiger an ihrem Fortbestande ein Interesse hat, z. B. wenn für den Bürgen Sicherheit etc. bestellt ist. Diese Endigungsgründe ergeben sich aus der Akzessorietät der Bürgschaft. Kraft positiven Rechtssatzes führt die Aufgabe eines Vorzugsrechtes[1]) durch den Gläubiger sowie Zeitablauf die Beendigung herbei. Der Tod des Schuldners hat keinen Einfluß auf den Fortbestand der Bürgschaft; dies ergibt sich

[1]) Vergl. § 776 B.G.B.

indirekt aus § 768 Satz 2 B.G.B. Ebensowenig berühren Tod des Bürgen oder des Gläubigers das Bürgschaftsverhältnis.[1])

§ 18.

Diese von mir entwickelten Bestimmungen beziehen sich aber, soweit sie den Garantievertrag betreffen, nur auf einen wirklichen Garantievertrag, wie ich ihn zu Anfang dieser Abhandlung definiert habe.

Dies ausdrücklich hervorzuheben ist notwendiger, als man vielleicht im ersten Augenblick annehmen zu müssen geneigt sein wird. Denn das Wort Garantie kommt bei den Verträgen des täglichen Lebens so unendlich häufig vor, ohne daß diese Verträge dadurch, daß in ihnen der eine oder der andere Vertragsteil irgend eine Garantie übernimmt, ihren eigentlichen Charakter als Kauf oder Miete etc. verlieren, und nunmehr die von mir oben entwickelten Vorschriften auf sie angewandt werden müßten.

So ist z. B. sehr oft in den Zeitungen zu lesen, daß ein Kaufmann irgend eine Ware anpreist, mit dem Zusatze, er leiste für ihre Güte zwei Jahre Garantie. Wenn nun auf Grund einer derartigen Annonce es zum Kaufabschluß kommt, und tatsächlich bei Vertragsabschluß jener Zusatz in den Vertrag aufgenommen wird, dann ist doch lediglich nur ein Kaufvertrag zu stande gekommen. Durch die Uebernahme der Garantie hat der Kaufvertrag nur eine weitere Ausgestaltung erhalten. Denn jetzt ist der Verkäufer nicht, wie sonst, gemäß § 477 B.G.B. nur auf 6 Monate — vorausgesetzt, daß es sich bei dem Kaufe um eine bewegliche Sache handelt — nach Ablieferung verpflichtet für jeden Schaden wegen Mangels einer von ihm bei Kaufabschluß zugesicherten Eigenschaft einzustehen, sondern jetzt muß er 2 Jahre lang für einen derartigen Mangel haften. Es ist also einzig und allein die kurze Verjährungsfrist des § 477

---

[1]) Vergl. Dernburg a. a. O. S. 346 Anm. 1.

B.G.B. zu Gunsten des Käufers verlängert worden.[1]) Der Zweck, zu dem der Verkäufer diese Verpflichtung auf sich nimmt, ist klar. Er will dadurch mehr Kauflustige anlocken, mehr Ware absetzen. Die Uebernahme der Garantie ist also für ihn lediglich Mittel zum Zweck. Nicht will er außer dem Kaufvertrag einen besonderen Garantievertrag abschließen, sondern nur, um jenen eher zu stande zu bringen, übernimmt er eine neue Nebenverpflichtung, nämlich auf 2 Jahre für Schaden wegen Mangels verhaftet zu sein. Die Garantieübernahme ist in solchen Fällen also unselbständig, sie ist ebenso Nebenverpflichtung, wie z. B. die Verpflichtung des Verkäufers bis zur Lieferung die Sache aufzubewahren.

Im Anschluß hieran möchte ich eingehen auf die von Stammler aufgestellte Lehre vom sogenannten „verbundenen Garantievertrag".[2]) Stammler ist zwar grundsätzlich der Ansicht, daß der Garantievertrag ein selbständiger Vertrag ist, aber er meint, es gäbe eine ganze Reihe von Garantieverträgen, die mit anderen Verträgen verbunden seien. Diese Verbindung sei aber nur rein äußerlicher Natur, und es seien in diesen Fällen stets noch selbständige Garantieverträge vorhanden.[3]) Er benennt dann, um seinen Standpunkt zu rechtfertigen, eine Reihe von Beispielen. Ich will diese hier anführen:

1. Es wird ein sogenanntes Haussekonsortium gebildet, wonach mehrere Kontrahenten sich gegenseitig verpflichten, bestimmte Wertpapiere vor Eintritt eines festgesetzten Zeitpunktes in keiner Weise zu veräußern. Dabei wird von dem einen Spekulanten dem anderen garantiert, daß der Kurs der fraglichen Papiere an dem gedachten Termine eine näher bestimmte Höhe sicher haben werde.

2. Eine Stadtgemeinde stellt einen städtischen Arzt gegen festes Gehalt an, und bewegt ihn zu der Uebernahme der gering dotierten Stelle durch die Garantie, daß er durch

[1]) Vergl. Entsch. des Oberlandesger. 1906, S. 334 fg.; J. W. 07 S. 174; Brückmann a. a. O. S. 79—81.
[2]) Diesen Ausdruck gebraucht Wienstein a. a. O. S. 5.
[3]) Stammler a. a. O. S. 3, 5.

Privatpraxis Nebenverdienst in Höhe einer gewissen Summe haben werde.

3. Ein Autor gibt einem Buchhändler eine Schrift in Verlag, garantierend, daß der Verleger eine bestimmte Zahl von Exemplaren jedenfalls absetzen werde.

4. Der Verkäufer eines Pferdes garantiert, daß dasselbe auf dem nächsten Wettrennen siegen werde.

5. Der Verpächter eines Landgutes, einer Apotheke und dergl. übernimmt Garantie eines bestimmten, jährlichen Reinertrages. Ebenso der, der eine Jagd oder Fischerei pachtweise überläßt.

Diese Beispiele sind meines Erachtens nicht geeignet, die Lehre von der Möglichkeit eines verbundenen Garantievertrages zu beweisen. Denn das, was Stammler in sämtlichen fünf Beispielen als selbständigen Garantievertrag bezeichnet, erweist sich bei näherer Betrachtung als etwas ganz anderes, als ein selbständiger Vertrag. In allen fünf Fällen wird die Garantie von und gegenüber denselben Personen übernommen, die den Hauptvertrag abschließen; sie wird ferner zur selben Zeit[1]) übernommen, in der der Hauptvertrag eingegangen wird; nach Lage der Sache muß man annehmen, daß jedesmal beide Parteien offenbar nur einen Vertrag schließen wollen. Die Garantie endlich wird in allen Fällen nicht ihrer selbst wegen übernommen, sondern nur in Rücksicht auf den Hauptvertrag, weil der Uebernehmer der Garantie glaubt, durch ihre Uebernahme den anderen zum Abschlusse des eigentlichen Vertrages zu bewegen. Sie dient ihm also nur als Mittel.

Die Garantieübernahme ist also unter diesen Umständen in allen diesen Fällen rechtlich genau so zu charakterisieren, wie die des Kaufmanns, der für die Güte seiner Ware auf

[1]) Abgesehen vom 1. Beispiel, wo die Uebernahme der Garantie erst einige Tage nach Abschluß des Hauptvertrages erfolgte. Da sie aber auch hier nicht ihrer selbst willen, sondern in Rücksicht auf den Hauptvertrag geschieht, auch hier die Parteien offenbar nur einen Vertrag wollen, ist sie als Zusatzbestimmung zu dem schon abgeschlossenen Vertrage aufzufassen, die mit Zustimmung der Parteien nachträglich in den Vertrag aufgenommen wird.

bestimmte Zeit Garantie übernimmt: unselbständig, eine Nebenverpflichtung eines anderen Vertrages, nicht ein selbständiger Vertrag.[1])

§ 19.

Auf eine derartige unselbständige Garantieübernahme ist auch der § 437 B.G.B zurückzuführen. Dieser lautet: Der Verkäufer einer Forderung oder eines sonstigen Rechts haftet für den rechtlichen Bestand der Forderung oder des Rechts.

Goldmann-Lilienthal[2]) interpretieren diesen Paragraphen folgendermaßen:

Wenn jemand eine Forderung an einen anderen verkauft, und es stellt sich später heraus, daß diese Forderung zur Zeit des Kaufabschlusses nicht bestanden habe, und es ist auch nicht möglich, sie später zur Entstehung zu bringen, dann ist nicht etwa der Kaufvertrag nichtig, und der Verkäufer haftet dem anderen nur nach § 307 B.G.B. auf Ersatz des negativen Vertragsinteresses, sondern mag er bei Vertragsabschluß gut- oder bösgläubig gewesen sein, er haftet dem anderen Teile auf das volle Vertragsinteresse. Dies kann man so nur erklären, daß der Verkäufer einer Forderung bei dem Verkauf stillschweigend dem anderen Teile ein Garantieversprechen des Inhalts abgibt, die Forderung bestehe in Wirklichkeit.

Ich möchte hierzu folgendes bemerken:

Der § 437 B.G.B. ist in das Gesetz aufgenommen worden, weil vermieden werden sollte, daß ein Vertrag über eine nicht existierende Forderung nichtig sei. Demgemäß wurde positiv festgelegt, daß ein derartiger Vertrag von Rechtsfolgen begleitet sein solle.

Jetzt mußte weiter bestimmt werden, ob der Verkäufer nur für die Verität, oder auch für die Bonität der Forderung einstehen sollte. Man entschied sich nur für das erstere.

[1]) Ebenso Wienstein a. a. O. S. 6; Enneccerus-Lehmann a. a. O. S. 764; Crome a. a. O. § 300.

[2]) Vergl. Goldmann-Lilienthal a. a. O. § 132 Nr. 3.

Auch ich bin der Ansicht, daß die Haftung auf ein Garantieversprechen zurückzuführen ist, das stillschweigend der Verkäufer einer Forderung dem Vertragsgegner abgibt.[1])

Aber dies Garantieversprechen ist nicht ein selbständiger Vertrag, sondern es handelt sich rechtlich wieder um dieselbe Garantieübernahme, wie ich sie im vorigen Paragraphen besprochen habe. Denn hier auf einen besonderen Garantievertrag die Haftung des Verkäufers zurückzuführen, würde meines Erachtens sehr gekünstelt und unwahrscheinlich erscheinen.[2]) Denn einmal würden wir hier einen Vertrag vor uns haben, der ständig stillschweigend abgeschlossen würde, dem also, wie Koeppen[3]) an anderer Stelle richtig bemerkt, fehlt „die Offerte und mit ihr die Akzeptation, und der Konsens, der doch das Wesen des Vertrages ausmachen soll." Ferner würde der Verkäufer auch dann einen Garantievertrag abschließen, wenn er gar nicht gewillt wäre, Garantie für Existenz der Forderung zu bieten, da er den anderen betrügen will. Trotzdem müßte er gegen seinen Willen den Vertrag schließen.[4])

Viel natürlicher ist meines Erachtens die Begründung für die Bestimmung des § 437 B.G.B., daß man sagt, der Gesetzgeber hat sich auf den Standpunkt gestellt, Treu und Glauben verlangt, daß der Verkäufer einer Forderung dafür einstehen muß, daß diese auch besteht. Weil es Treu und Glauben verlangt, muß er diese Verpflichtung, ohne daß ihrer bei Kaufabschluß besonders Erwähnung getan sein braucht, als Verpflichtung des Kaufvertrages auf sich nehmen. Stellt sich später heraus, daß die Forderung nicht besteht, so hat er eben nicht alle Verpflichtungen des Kaufvertrages erfüllt, also haftet er aus ihm.

---

[1]) Ebenso Enneccerus-Lehmann a. a. O.; Staudinger a. a. O. Anm. 2 zu § 438.

[2]) Ebenso Wienstein a. a. O. S. 8.

[3]) Koeppen a. a. O. S. 303; ebenso sprechen sich gegen Annahme eines stillschweigenden Garantievertrages allerdings bei Behandlung der Frage über das negative Vertragsinteresse aus: Melliger a. a. O. S. 88—92; Brock a. a. O. S. 151—158.

[4]) S. Mommsen a. a. O. S. 49 Anm. 18.

Nun kann nach § 438 B.G.B. der Verkäufer noch vertraglich die Haftung dafür übernehmen, daß der Schuldner zahlungsfähig ist. Daraufhin ist in der Literatur von Crome und Staudinger[1]) behauptet worden, in dieser Haftungsübernahme liege eine Bürgschaft, und sie bedürfe deshalb der Schriftform. Meines Erachtens ist diese Ansicht irrig. Uebernimmt der Verkäufer vertraglich noch die Haftung für die Zahlungsfähigkeit des Schuldners, so wird damit lediglich der Kaufvertrag weiter ausgestaltet. Jetzt hat der Verkäufer eine neue Verpflichtung übernommen, nämlich auch für Bonität der Forderung einzustehen. Meines Erachtens sprechen hier geradeso, wie bei den fünf Beispielen, die Stammler für seine Lehre vom verbundenen Garantievertrag angeführt hat, die ganzen Verhältnisse dagegen, zwei Verträge, einen Kaufvertrag über die Forderung und eine Bürgschaft für die Zahlungsfähigkeit des Schuldners, anzunehmen. Denn auch hier wird von einer Partei derselben anderen Partei zur selben Zeit sowohl die Forderung verkauft und die Haftung übernommen. Beide wollen auch offenbar nur einen Vertrag abschließen.

Sollte man sich aber dennoch auf den Standpunkt stellen, es liegen hier zwei Verträge vor, so kann doch die Haftungsübernahme für die Zahlungsfähigkeit des Schuldners keine Bürgschaft sein. Denn dann würde er nach § 768 B.G.G. das Recht haben, alle Einwendungen aus der Person des Schuldners dem Gläubiger, also Käufer gegenüber geltend zu machen. Er würde also in der Lage sein, obwohl er nicht nur für den Bestand der Forderung, sondern auch für ihre Beitreibbarkeit Haftung übernommen hätte, die Forderung selbst zu Fall zu bringen, indem er irgend eine derartige Einwendung geltend machte. Ferner würde bei Vorliegen einer Bürgschaft der Verkäufer nur subsidiär verpflichtet sein, während er hier aus dem Vertrage primär einmal für

[1]) Vergl. Crome a. a. O. § 218c; Staudinger a. a. O. Anm. 2 zu § 438.

Bestand der Forderung, dann für Güte derselben einzustehen hat.[1])

§ 20.

Man hat versucht, alle die Fälle, in denen jemand einen Anspruch auf das sogenannte negative Vertragsinteresse hat, zusammenzufassen und zu sagen, dann habe der Berechtigte diesen Anspruch, weil neben dem eigentlichen Vertrage ein stillschweigender Garantievertrag zu stande gekommen wäre. Diese Ansicht war gegründet worden von Windscheid, der folgenden Satz aufgestellt hatte:[2])

Jeder Vertragschließende muß für die nachteiligen Folgen des durch seine Erklärung in dem Gegner erregten Vertrauens auf das Zustandekommen des Vertrages einstehen, insofern dies Zustandekommen durch einen Grund ausgeschlossen wird, den der Gegner nicht kennt und nicht zu kennen verpflichtet ist. Er muß für die Folgen des Vertrauens einstehen, eben weil er dasselbe in dem Gegner erregt, weil er ihn dazu bestimmt hat; durch diese Bestimmung übernimmt er für die Folgen desselben Garantie.

Diese Konstruktion bezeichnet Regelsberger[3]) als „eine wahre Befriedigung sowohl des juristischen Gewissens, als des Verkehrsbedürfnisses". Im Anschluß hieran führt er aus, wenn A dem B einen Vertragsantrag gemacht hätte, habe A stillschweigend neben dem Antrag mit B einen Garantievertrag geschlossen, des Inhalts, daß er sich ihm gegenüber verpflichte, ihm den Schaden zu ersetzen, der dadurch entstehe, daß der Vertrag nicht zu stande komme, weil A seine Offerte zurückziehe. Dieser Garantievertrag gehe aber nur auf das negative Vertragsinteresse. B solle nur den Schaden ersetzt erhalten, der ihm dadurch entstanden sei, daß er sich auf die Unterhandlungen eingelassen habe, und nur für den Fall, daß er das Nichtzustandekommen

[1]) Vergl. Würzburger a. a. O. S. 723 fg.
[2]) Vergl. Windscheid a. a. O. § 307 Anm. 5, 10—12, § 308 Anm. 5—8, § 309 Anm. 5, § 315 Anm. 7.
[3]) Regelsberger a. a. O. S. 33, 34.

des Vertrages nicht habe voraussehen können, wobei aber zu berücksichtigen sei, daß er die Möglichkeit des Widerrufs des Angebots in seine Berechnungen hätte ziehen müssen. Einen derartigen stillschweigenden Garantievertrag anzunehmen, rechtfertige sich aus dem Grunde, weil der Inhalt dieses Vertrages bei redlichen und umsichtigen Parteien stets ausdrücklich verabredet würde.

Dieselbe Ansicht, aber nur, soweit es sich um nichtige Verträge handelt, vertritt Drechsler.[1]) Bei einem nichtigen Vertrage müsse der, auf dessen Seite der Umstand läge, der die Nichtigkeit herbeiführe, dem anderen das negative Vertragsinteresse ersetzen und zwar gleichgültig, ob er die Nichtigkeit gekannt habe, habe kennen müssen, oder nicht. Seine Haftung beruhe auf einem stillschweigenden Garantievertrage. Dadurch, daß der Vertrag äußerlich zu stande gekommen wäre, garantiere der eine Vertragsteil dem anderen, er könne sich auf die Gültigkeit des Vertrages verlassen. Stelle sich dann hinterher heraus, daß der Vertrag nichtig wäre, dann täusche objektiv der, auf dessen Seite der Grund der Nichtigkeit liege, den anderen, wenn er auch subjektiv nichts davon wüßte. Bei jedem Vertragsabschluß gehe im Innern der Kontrahenten dasselbe vor, wie wenn sie sich eine arrha gäben. Deshalb sei bei nichtigen Verträgen der Ersatz des Schadens in der ausgeführten Weise gerechtfertigt. Diese Ansichten sind aber offenbar irrig, und Windscheid und Regelsberger haben sie selbst später wieder zurückgenommen.

Für das heutige Recht scheidet der ganze Teil dieser Lehre, der sich mit dem Offertenwiderruf beschäftigt, aus. Denn nach § 145 B. G. B. ist heute grundsätzlich jeder Antragsteller an seinen Antrag gebunden, und der Gegner kann, wenn er die Offerte rechtzeitig annimmt, stets Erfüllung verlangen. Anspruch auf das negative Vertragsinteresse ist heute in verschiedenen anderen Fällen gegeben, in §§ 118, 119, 120, 307, 1298 B. G. B. Aber hier auf einem stillschweigenden Garantievertrage den Anspruch beruhen zu lassen,

[1]) Vergl. Drechsler a. a. O. S. 58—61.

ist meines Erachtens verfehlt. Wieder würde hier ein Vertrag vorliegen, der ständig stillschweigend und in den Fällen der §§ 118, 119, 307 B. G. B. sogar gegen den Willen des Antragstellers zu stande käme. Denn wenn jemand einen Vertragsantrag nur im Scherz stellt, oder sich in der Person des Gegners irrt, oder die Unmöglichkeit der Leistung kennt, dann denkt er doch garnicht daran, dem anderen mit seinem Antrage eine „Garantie" zu bieten. Meines Erachtens beruht in allen Fällen der Anspruch auf das negative Interesse lediglich auf dem Prinzip von Treu und Glauben, das ja in unserem Gesetze immer wiederkehrt.[1]) Treu und Glauben verlangt, daß ein Vertragsantrag im Zweifel ernstlich gemeint ist, daß ohne wichtigen Grund der Verlobte von dem Verlöbnis nicht zurücktreten darf. Treu und Glauben verlangt weiter, daß in den Fällen der §§ 119, 120, 307 B. G. B. der Gegner des Antragstellers Anspruch auf Schadensersatz erhält.

§ 21.

Auch die Ansicht ist meines Erachtens irrig, die die Schadlosbürgschaft für eine Art des Garantievertrages hält. Diese sei deshalb, meint Cosack,[2]) nicht Bürgschaft, weil der Schadlosbürge nicht positiv für die Erfüllung einer fremden Verbindlichkeit eintrete, sondern nur für den Schaden, der dem Gläubiger durch die Nichterfüllung der fremden Verbindlichkeit erwachse. Hiergegen möchte ich vorbringen: Aus der eigenen Definition Cosacks geht hervor einmal, daß er bei der Schadlosbürgschaft stets das Vorliegen einer Hauptverbindlichkeit eines Dritten verlangt, und andererseits, daß der Schadlosbürge nur subsidiär aus dem Vertrage haftet. Beim Garantievertrage aber ist einmal nicht erforderlich, daß schon bei Abschluß des Vertrages eine Verbindlichkeit eines Dritten besteht, dann haftet aber auch der Garant stets primär, nicht subsidiär. Ich verweise auf meine Ausführungen über diese Punkte Seite 10 fg.

[1]) Ebenso Melliger a. a. O. S. 88.
[2]) Vergl. Cosack a. a. O. § 158.

Meines Erachtens ist die Schadlosbürgschaft lediglich eine Art der Bürgschaft. Nur ist bei jener zur Klagebegründung notwendig, daß der Gläubiger die Schuld von dem Hauptschuldner nicht eintreiben kann, und ihm dadurch ein Schaden entstanden ist, während bei der gewöhnlichen Bürgschaft der Bürge einredeweise geltend machen muß, daß der Gläubiger noch nicht versucht hat, von dem Hauptschuldner Befriedigung zu erlangen. [1])

§ 22.

Ich habe oben ausgeführt, daß es Garantieverträge gibt, bei denen der Garantieempfänger durch die Unternehmung, deren Risiko der Garant übernimmt, Gläubiger eines Dritten wird. Foerster behauptet nun, die wichtigste Art dieser Garantieverträge sei der Kreditauftrag. [2]) Diese Ansicht ist bekämpft worden von Rinck [3]) und Pincus. [4]) Meines Erachtens mit Recht.

Das Wesen und der Zweck des Garantievertrages ist grundverschieden von dem des Kreditauftrages. Jener ist ein Sicherungsvertrag und wird abgeschlossen, um den Garantieempfänger vor Schaden zu bewahren. Dieser dagegen in ganz anderer Absicht, nämlich, um einem Dritten Kredit zu verschaffen, [5]) den er ohne Hinzutreten des Kreditmandanten von dem Kreditmandatar sonst nicht erhalten würde. Foerster führt dann weiter, und auf Grund der positiven Gesetzesbestimmung des § 778 B. G. B. auch richtig, aus, der Kreditmandatar könne den Kreditmandanten erst dann in Anspruch nehmen, wenn er gegen den Schuldner die Zwangsvollstreckung betrieben habe, und dabei ausgefallen sei. [6]) Gerade hierin

[1]) Ebenso Dernburg a. a. O. S. 353, 354; Oertmann a. a. O. Vorbem. 3d zu § 765; Endemann a. a. O. § 190 Anm. 17; Staudinger a. a. O. Anm. 9c zu § 765; Planck a. a. O. Vorbem. II4b zu § 765; Pincus a. a. O. S. 93.

[2]) Foerster a. a. O. S. 152.

[3]) Rinck a. a. O. S. 23 fg.

[4]) Pincus a. a. O. S. 89 fg.

[5]) Pincus a. a. O. S. 90; Rinck a. a. O. S. 23; Weidemann a. a. O. S. 475; Rothenberg a. a. O. S. 327.

[6]) Foerster a. a. O. S. 152.

zeigt sich, daß der Kreditauftrag kein Garantievertrag sein kann. Denn hiermit ist gesagt, daß der Kreditmandant dem Kreditmandatar nicht primär, sondern nur subsidiär, wie bei der Bürgschaft der Bürge dem Gläubiger verhaftet ist. Ich habe aber oben ausgeführt, daß gerade zum Unterschied von der Bürgschaft der Garant stets primär verpflichtet ist. Beim Garantievertrage ist der Garantieempfänger niemals verpflichtet, erst die Zwangsvollstreckung bei seinem Schuldner zu versuchen, bevor er den Garanten in Anspruch nehmen kann. Vielmehr kann er schon dann den Garanten zur Zahlung heranziehen, wenn er annehmen darf, er werde seine Forderung von seinem Schuldner nicht eintreiben können. Das Reichsgericht hat auch dementsprechend entschieden, daß der oder die Garantieempfänger eine gewisse Summe von dem gezeichneten Garantiefonds herabsetzen können, und ohne Berücksichtigung dieser Summe die prozentuale Quote für die Garanten festsetzen können, wenn gewisse Forderungen so schlecht sind, daß wahrscheinlich eine derartige Summe, wie abgesetzt ist, von den gezeichneten Beträgen nicht einkommen wird.[1])

Weiterhin kann ich der Ansicht Foersters nicht beitreten, daß der Kreditmandant nicht für die Erfüllung der Schuld des Dritten hafte, sondern selbständig auf Schadensersatz.[2]) Denn dieser Ansicht steht direkt der § 778 B.G.B. entgegen, der ausdrücklich besagt, der Kreditmandant haftet wie ein Bürge, also auf Erfüllung der Verbindlichkeit des Hauptschuldners.[3])

Ferner ist der Garantievertrag unwesentlich zweiseitig, der Garantiempfänger ist, wenn er das Unternehmen bei Abschluß des Garantievertrages noch nicht begonnen hat, nicht verpflichtet, es auszuführen.

Nimmt dagegen der Kreditmandatar den Kreditauftrag an, so ist er auch verpflichtet, ihn auszuführen, den Kredit zu gewähren.[4])

[1]) Vergl. Entsch. des R.G. in Seufferts Archiv Bd. 55 S. 273 fg. und J. W. 1899 S. 211—217.
[2]) Foerster a. a. O. S. 118, 119.
[3]) Pincus a. a. O. S. 91.
[4]) Pincus a. a. O. S. 91; Rinck a. a. O. S. 27, 28.

Auf den Kreditauftrag, der meiner Ansicht ein Auftrag[1]) ist, ist auch der § 665 B.G.B. analog anzuwenden, d. h. der Kreditmandant ist dem Grunde nach berechtigt, dem Kreditmandatar Weisungen zu erteilen, wie er dem Dritten den Kredit gewähren soll, und der Kreditmandatar darf nur dann von ihnen abweichen, wenn er den Umständen nach annehmen muß, daß der Kreditmandant bei Kenntnis der Sachlage die Abweichungen billigen werde.

Gerade entgegengesetzt ist es bei dem Garantievertrage. Hier ist der einzige Herr der Unternehmung der Garantieempfänger, und der Garant ist in keiner Weise berechtigt, über die Ausführung Anweisungen zu erteilen.

Endlich kann der Kreditauftrag widerrufen werden, der Garantievertrag dagegen nicht.

§ 23.

Auch der § 118 Str.P.O. muß meines Erachtens in den Bereich dieser Abhandlung gezogen werden. Nach diesem Paragraphen ist die Sicherheitsleistung (für Freilassung eines Angeschuldigten aus der Untersuchungshaft) durch Hinterlegung in barem Gelde oder in Wertpapieren, oder mittels Bürgschaft geeigneter Personen zu bewirken. Es fragt sich nun, welches Rechtsverhältnis entsteht, wenn „eine geeignete Person" durch „Bürgschaft" Sicherheit leistet. Daß in solchen Fällen zwischen dem Staat und der „geeigneten Person" ein zivilrechtliches Vertragsverhältnis zu stande kommt, darf wohl angenommen werden, wenn auch der Staat dem Angeschuldigten gegenüber, um dessentwillen „die Bürgschaft" übernommen wird, nicht als Gleichberechtigter, sondern als Höherer, als Staatshoheit gegenübersteht. Es geht dies meines Erachtens hervor aus Absatz 3 des § 122 Str.P.O., in dem es heißt, daß die den Verfall (der Sicherheit) aussprechende Entscheidung gegen diejenigen, die für den Angeschuldigten Sicherheit geleistet haben, die Wirkungen

[1]) Rinck a. a. O. S. 30; Weidemann a. a. O. S. 443; vergl. auch Oertmann a. a. O. S. 856.

eines, von dem Zivilrichter erlassenen, für vorläufig vollstreckbar erklärten Endurteils, und nach Ablauf der Beschwerdefrist die Wirkungen eines rechtskräftigen Zivilurteils hat. Denn ein zivilrechtliches Urteil kann nur gefällt werden über ein Rechtsverhältnis gleichstehender Parteien. Also müssen auch für den vorliegenden Fall, da die Entscheidung einem zivilrechtlichen Urteil gleich sein soll, die Parteien, also Staat und die „geeignete Person" gleich berechtigt sich gegenüberstehen. Es fragt sich jetzt, welches Rechtsverhältnis vorliegt. Eine Bürgschaft kann es meines Erachtens nicht sein. Denn dann müßte ja der Angeschuldigte Hauptschuldner und der Staat Gläubiger sein. Diese beiden, Staat und Angeschuldigter, müßten also ebenfalls in einem Zivilrechtsverhältnisse stehen, während in Wirklichkeit der Staat ihm als Staatshoheit gegenübertritt. Man könnte nun vielleicht einen Garantievertrag als vorliegend erachten [1]), des Inhalts, daß „die geeignete Person" (Garant) sich unentgeltlich verpflichtet, dem Staat (Garantieempfänger) den Schaden zu ersetzen, der ihm dadurch entsteht, daß der Angeschuldigte entflieht. Diese Ansicht möchte ich aber für unrichtig halten. Denn, wenn der Angeschuldigte sich der Strafe durch die Flucht entzieht, entsteht dadurch dem Staat lediglich ein ideeller Schade, daß das Verbrechen oder Vergehen ungesühnt bleibt, also ein Schade, der sich in Zahlen, wie man es beim Garantievertrage verlangen muß, gar nicht ausdrücken läßt.

§ 24.

Es sei mir zum Schlusse meiner Abhandlung noch gestattet, einige Beispiele aus der Praxis anzuführen, deren Tatbestand derart zweifelhaft ist, daß sich verschiedene Ansichten darüber, ob im gegebenen Falle Garantievertrag, Bürgschaft oder kumulative Schuldübernahme vorliegt, gebildet haben.

Beginnen will ich mit dem im 61. Bande Seite 157 fg. der Reichsgerichtsentscheidungen abgedruckten Fälle:

[1]) So Voigt a. a. O. S. 61.

Der Beklagte hatte dem Kläger zum Erwerbe des von einem Minderjährigen ausgestellten Wechsels veranlaßt, und ihm schriftlich erklärt, er übernähme die Haftung dafür, daß das von dem Minderjährigen ausgestellte Wechselakzept am Verfalltage pünktlich eingelöst würde.

Hierin sieht das Reichsgericht einen Garantievertrag aus folgenden Gründen: Fassung und Inhalt der schriftlichen Verpflichtungserklärung ließen in Verbindung mit den Umständen des Erwerbes des Blankoakzeptes und der Uebernahme der Haftung erkennen, daß der Beklagte nicht sowohl als Bürge habe dafür einstehen wollen, daß Fr. W. die von ihm eingegangene Wechselverbindlichkeit erfülle, sondern, daß er vielmehr schlechthin nach seiner Erklärung dafür aufkommen sollte, und wollte, daß der Wechsel am Verfalltage eingelöst werde, mit anderen Worten, daß M. die Wechselsumme am Verfalltage erhalte. Das Einstehen für einen gewissen Erfolg enthielte aber eine selbständige Haftungsübernahme, somit einen selbständigen Garantievertrag.

Diese Entscheidung des Reichsgerichts hat Wienstein eingehend behandelt.[1]) Er kann sich der Ansicht des Reichsgerichts, daß es sich hier um einen Garantievertrag handele, nicht anschließen. Er untersucht, wie man sonst noch rechtlich jenen Tatbestand charakterisieren könnte, und kommt schließlich, nachdem er es abgelehnt hat, im vorliegenden Falle ein selbständiges Schuldversprechen im Sinne der §§ 780 fg. B.G.B. oder kumulative Schuldübernahme als gegeben anzusehen, zu dem Resultat, es hier mit einem selbständigen Erfüllungsversprechen, dem constitutum debiti alieni zu tun zu haben.

Dieser Ansicht Wiensteins möchte ich mich nicht anschließen. Bei dem constitutum debiti alieni, das in das Bürgerliche Gesetzbuch nicht hinübergenommen ist, versprach der Hinzutretende ganz selbständig von der Schuld des Schuldners lediglich dem Gläubiger, die Schuld zu zahlen, ohne daß er sonst in irgend einer Weise mit den Folgen,

[1]) Wienstein a. a. O. S. 1—20.

die sich aus dem Rechtsverhältnisse zwischen dem Gläubiger und dem Schuldner ergeben, etwas zu tun haben wollte.[1]) Meines Erachtens wird man es für das heutige Recht als veraltet erklären müssen.[2]) Infolge der Vertragsfreiheit, die heute gilt, ist es allerdings auch jetzt noch möglich, daß Parteien einen Vertrag schließen, durch den sie lediglich die Folgen des constitutum debiti alieni wollen;[3]) denn soweit, wie Endemann,[4]) der das constitutum bezeichnet als „ein abgestorbenes Rechtsinstitut, dessen künstlicher theoretischer Aufbau im Verkehrsleben keine Stelle finden könne", möchte ich nicht gehen. Aber es wird meines Erachtens nur sehr selten vorkommen und nur dann anzunehmen sein, wenn unzweifelhaft aus den obwaltenden Verhältnissen hervorgeht, daß die Parteien haben gerade ein constitutum abschließen wollen. Im Allgemeinen kann nach heutigem Recht das Eintreten für fremde Schuld sich vollziehen nur in Form der Bürgschaft, der privativen oder kumulativen Schuldübernahme. Allen diesen drei Vertragsformen ist gemeinsam, daß der neu Hinzutretende für sein Verhältnis zu dem Gläubiger die Rechtsbeziehungen, die zwischen dem Schuldner und dem Gläubiger bestanden, maßgebend sein lassen will; er will vor allen Dingen auch die Einwendungen für sich beanspruchen, die sich aus dem Rechtsverhältnisse zwischen dem Gläubiger und seinem Schuldner ergeben.[5])

Ganz im Gegensatz hierzu steht der Garantievertrag, bei dem der Garant sich selbständig, primär, unabhängig von dem Verhältnis des Garantieempfängers zu seinem Schuldner verpflichtet.

Alle diese Wesensmerkmale sind meines Erachtens im vorliegenden Falle gegeben. Jene Aeußerung des Beklagten, er übernähme die Haftung dafür, daß das von dem Minder-

[1]) Vergl. Hasenbalg a. a. O. S. 750, 751, 757.
[2]) Vergl. Staudinger a. a. O. Vorbem. 6d zu § 765; Oertmann a. a. O. Vorbem. 2 zu § 765.
[3]) Vergl. Motive II S. 658.
[4]) Endemann a. a. O. S. 860.
[5]) Vergl. für kumulative Schuldübernahme Salinger a. a. O. S. 81—93.

jährigen ausgestellte Wechselakzept am Verfalltage pünktlich eingelöst würde, ergibt bei unbefangener Auslegung, daß der Beklagte unentgeltlich, selbständig, ohne Rücksicht auf Beziehung des Klägers zu dem Aussteller des Wechsels, dem Kläger sich bereit erklärt hat, ihm jedweden Schaden zu ersetzen, der ihm entstände dadurch, daß er den Wechsel erwerbe.

Mit Recht also hat meines Erachtens das Reichsgericht einen Garantievertrag hier als vorliegend angenommen. Folgenden Fall dagegen, der in der Praxis sehr oft vorkommt, möchte ich nicht als Garantievertrag ansehen [1])

Ein Bauunternehmer hat nicht mehr die nötigen Mittel, einen begonnenen Bau zu Ende zu führen. Ein Hypothekengläubiger, der natürlich Interesse daran hat, daß der Bau vollendet wird, verspricht den Bauhandwerkern, sie sollten nur weiterarbeiten, er wolle schon dafür sorgen, daß sie bezahlt würden. Bei dieser Sachlage will offenbar der Hypothekengläubiger den Bauhandwerkern nur genau in der Höhe verhaftet sein, wie der Bauunternehmer ihnen verhaftet ist. Es soll also auch für sein Verhältnis zu den Bauhandwerkern maßgebend sein der Vertrag zwischen ihnen und dem Bauunternehmer. Alle Rechte, die etwa aus ihm dem Bauunternehmer zustehen, will er auch für sich beanspruchen, also auch alle Einwendungen des Bauunternehmers gegen die Forderungen der Bauhandwerker geltend machen können. Er will ja durch sein Versprechen lediglich bewirken, daß die Bauhandwerker ihren Vertragsverpflichtungen nachkommen, nämlich den Bau zu Ende zu führen, dadurch daß er andererseits ihnen mit seinem Vermögen die Gewähr dafür bietet, daß auch ihre Forderungen, die sie aus dem Vertrage haben, erfüllt werden. Von einer derart selbstständigen Haftungsübernahme, wie beim Garantievertrag ist hier also keine Rede. Demnach kann dieses Vertragsverhältnis nur Schuldübernahme oder Bürgschaft sein. Von der Schuldübernahme scheidet die

[1]) Als Garantievertrag bezeichnet ihn Kindel. S. Jahresbericht über die Wirksamkeit der Juristischen Gesellschaft zu Berlin im Jahre 1907/08 S. 19.

privative aus. Denn anstelle des Unternehmers, in der Art, daß dieser durch ihn aus dem Schuldverhältnisse entlassen sein soll, den Handwerkern verpflichtet sein, bezweckt der Hypothekengläubiger mit seinem Versprechen garnicht. Die Frage nach der rechtlichen Charakterisierung dieses Vertrages spitzt sich somit dahin zu, ob kumulative Schuldübernahme oder Bürgschaft vorliegt. Der Unterschied zwischen diesen beiden Rechtsinstituten liegt darin, daß bei der kumulativen Schuldübernahme der Hinzutretende neben den Urschuldner tritt, und zwar in der Weise, daß dieser einerseits seinem Gläubiger verhaftet bleibt, andererseits jener ebenfalls Schuldner wird, und zwar ebenfalls primärer. Der Gläubiger kann also jetzt auch sofort ihn in Anspruch nehmen, ohne erst Befriedigung bei dem Urschuldner zu suchen. Demgegenüber haftet ja, wie ich schon ausführte, der Bürge nur subsidiär, und kann in gewöhnlichen Fällen erst herangezogen werden, wenn der Gläubiger sich zunächst vergeblich bei dem Hauptschuldner zu befriedigen versucht hat.

Im vorliegenden Beispiel liegt nun offenbar kumulative Schuldübernahme vor. Denn der Hypothekengläubiger beabsichtigt nicht erst an zweiter Stelle den Handwerkern verpflichtet zu sein, sondern aus seinem Versprechen ist zu entnehmen, daß er den Handwerkern das Recht geben will, ihn ebenfalls im Rahmen des mit dem Unternehmer geschlossenen Vertrages genau so wie diesen in Anspruch nehmen zu können, ohne daß sie erst versuchen müßten, bei dem Unternehmer zunächst Befriedigung zu erlangen. Die entscheidende Frage ist jetzt die, ob das Versprechen, so wie es abgegeben ist, auch rechtswirksam ist, oder ob es rechtlich ungültig ist, weil es nicht schriftlich, analog dem § 766 B. G. B. abgegeben ist. Das Reichsgericht [1]) hat in einer Entscheidung im 51. Bande sich dahin ausgesprochen, daß die kumulative Schuldübernahme der Schriftform bedürfe, weil ein derartiges Versprechen inhaltlich eine Verbürgung bezwecke, und es, wenn man es

[1]) S. Entsch. des R. G. Bd. 51 S. 120.

formlos gültig sein lassen wollte, äußerst leicht wäre, die Formvorschrift der Bürgschaft zu umgehen.

Gegen diese Entscheidung erhob sich sowohl in der Theorie wie in der Praxis großer Widerspruch. In einer späteren Entscheidung schwächte dann das Reichsgericht seine vorher vertretene Ansicht dahin ab, wenn bei einer kumulativen Schuldübernahme der Hinzutretende ein eigenes Interesse daran habe, den Gläubiger durch Uebernahme einer selbstständigen Zahlungsverpflichtung von Zwangs- oder Anfechtungsmaßregeln abzuhalten, dann fehle es an dem Willen, für eine fremde Schuld aufzukommen. Dann könne der § 766 B. G. B. nicht analog angewandt werden, und der Abschluß der kumulativen Schuldübernahme sei an keine Form gebunden. [1])

Meine Ansicht geht nun im Anschluß an die herrschende Meinung [2]) dahin, daß bei der kumulativen Schuldübernahme der Hinzutretende eine selbstständige, eigene Verbindlichkeit übernimmt. Da der Vertrag im Bürgerlichen Gesetzbuch nicht geregelt ist, dies andererseits auf dem Standpunkt der Formfreiheit steht, muß auch die kumulative Schuldübernahme formlos übernommen werden können, und nicht ist es gestattet, eine Ausnahmebestimmung des Bürgerlichen Gesetzbuches im Wege der Analogie auf einen anderen Vertrag anzuwenden, und so für diesen Formzwang zu bestimmen.

Somit ist meines Erachtens durch jenes formlose Versprechen des Hypothekengläubigers ein rechtlich wirksamer Vertrag zu stande gekommen.

Endlich möchte ich noch ein letztes Beispiel [3]) anführen, dessen Tatbestand ebenfalls, aber meines Erachtens unrichtigerweise, für einen Garantievertrag gehalten worden ist.

---

[1]) Vergl. Entsch. des R.G. Bd. 64 S. 320.

[2]) Staub in der D. J. Z. 1903 S. 19; Cosack I § 159; Rehbein a. a. O. S. 415; Staudinger a. a. O. Anm. 4 zu § 766; Josef in der D. J. Z. 1903 S. 422; Birkenbiehl im „Recht" 1903 S. 286 fg.; Hellbach im „Recht" 1903 S. 335; David im „Recht" 1903 S. 356 fg.; Silbermann Bl. für R.A. Bd. 68 S. 365 fg., Bd. 70 S. 157 fg.; Martinius in Gruchots Beitr. Bd. 49 S. 181 fg.

[3]) Vergl. für das folgende Reichel a. a. O. S. 300, 301, 306, 307.

Der Beklagte bestellte bei dem Möbelhändler B. Stühle. B. seinerseits bezog diese Stühle von dem Kläger. Der Kläger wurde von B. angewiesen, die Stühle direkt bei dem Beklagten abzuliefern. Da jedoch der Kläger dem B. und dessen Solvenz nicht traute, gab er Anweisung, daß die Stühle an den Beklagten nicht eher ausgefolgt werden sollten, als bis der von B. geschuldete Kaufpreis voll bezahlt wäre. Dieser Weisung gemäß verfuhr der Kutscher des Klägers, indem er sich weigerte, die Stühle bei dem Beklagten abzuladen, bevor nicht B. bezahlt hätte. Der Beklagte jedoch, der ein Interesse daran hatte, die Stühle ungesäumt zu erhalten, legte sich ins Mittel und erklärte telephonisch dem Kläger: „Lassen Sie die Stühle nur da! Ich übernehme die Schuld des B. für den Fall, daß er sie nicht bezahlt. Außerdem verpflichte ich mich, falls ich an B. etwas zahle, Sie vorher rufen zu lassen. Sie können nichts verlieren, Sie müssen doch den Kaufpreis, wenn B. nicht bezahlt, von mir bekommen.“ In Verfolg dessen ließ der Kläger die Stühle bei dem Beklagten abladen. Ber Beklagte zahlte an B. ohne den Kläger zu verständigen, B. zahlte nichts.

Meines Erachtens könnte im vorliegenden Falle höchstens zweifelhaft sein, ob kumulative Schuldübernahme oder Bürgschaft vorliege. Ein Garantievertrag scheidet aber ganz aus. Denn aus den Worten des Beklagten geht doch klar hervor, daß er garnicht daran denkt, eine selbstständige Haftung, die völlig losgelöst sein solle von dem Vertragsverhältnis des Klägers zu B., zu übernehmen. Kumulative Schuldübernahme liegt aber deshalb nicht vor, weil der Beklagte durch seine Worte: „Ich werde zahlen, wenn B. nicht zahlt,“ unzweifelhaft hat zu erkennen geben wollen und auch zu erkennen gegeben hat, daß er nicht primär neben B., sondern nur subsidiär, wenn bei B. keine Befriedigung zu erlangen sei, dem Kläger haften will. Es liegt also hier lediglich Bürgschaft vor, und der Kläger muß, da die Bürgschaftserklärung telephonisch, also formlos abgegeben ist, mit der Klage abgewiesen werden.